IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME TERZO.

FIRENZE,

COI TIPI DI FELICE LE MONNIER.

1855.

Trovasi vendibile:

IN REGGIO
PRESSO STEFANO CALDERINI E C.

IN MODENA
PRESSO NICOLA ZANICHELLI E C.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME TERZO.

FIRENZE.
A SPESE DELL'AUTORE.

1855.

SISTEMA IPOTECARIO.

CAPO III.

DELLE IPOTECHE.

Articolo 2114.

L' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un'obbligazione.

È di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl' immobili che si sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi.

Essa resta inerente ai beni presso chiunque passino.

SOMMARIO (1).

531. Diverse specie dei diritti reali.
532. Significati diversi della parola *pignus* nel linguaggio delle Leggi Romane.
533. Secondo il Codice Napoleone il pegno è un diritto diverso dall' ipoteca.
534. Definizione dell' ipoteca. Analisi della definizione.
535. Osservazione critica sulla definizione data dall' articolo 2114.
336. Se le obbligazioni naturali possano essere efficacemente garantite con ipoteca.
537. Effetti di una ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione condizionale. Dell' ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione

(1) Consigliato da alcuni amici premetto alle mie illustrazioni un brevissimo Sommario per comodo del lettore. Nell' ultimo volume, prima dell' indice generale, darò i Sommarj del primo e del secondo volume.

futura o dipendente da una condizione potestativa per parte di colui che si obbligò.

538. Le obbligazioni sono divisibili o indivisibili. L'ipoteca è di sua natura indivisibile. Effetti della indivisibilità della ipoteca.

539. Se gli eredi possano essere molestati con azione ipotecaria prima della divisione della eredità dai creditori del defunto.

540. L'indivisibilità dell'ipoteca può essere modificata e ristretta per patto, e non cambia l'indole dell'obbligazione principale, la quale resta, secondo la sua natura, o divisibile o indivisibile.

541. La specialità è un modo di essere dell'ipoteca. L'inscrizione è una forma estrinseca destinata a darle efficacia.

542. L'ipoteca resta inerente ai beni presso chiunque passino. Anche per ciò il pegno, secondo il Codice Napoleone, è diverso dall'ipoteca.

543. L'ipoteca è diversa dall'anticresi.

544. Come definiscono la ipoteca i Codici del Regno delle Due-Sicilie, di Parma, di Sardegna, e la Legge Ipotecaria degli Stati Pontificj.

545. Come la definisce il Codice di Modena.

546. È da preferirsi la definizione data dal Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche.

547. Definizione proposta dall'Autore.

548. Aggiunta fatta all'articolo 2106 del Progetto Vatimesnil modificativa della indivisibilità dell'ipoteca.

549. Surroga legale introdotta dal detto articolo 2106 del Progetto Vatimesnil in favore del creditore posteriore vinto in un giudizio di graduatoria da un creditore anteriore avente ipoteca su più fondi. Osservazioni critiche su questa riforma.

531. La principal distinzione che si fa da Giustiniano (1) delle azioni è quella di *reali* e *personali:* « Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. » Questa distinzione è desunta dalla diversa natura del diritto, da cui l'azione deriva. I diritti infatti, che danno causa alle azioni, sono o in *re,* o *ad rem* (2), e le azioni sono perciò *reali,* se nascono da un gius *in re*, e *personali,* se da un gius *ad rem* traggono origine. Il gius *ad rem* è uno solo, cioè l'obbligazione ossia il credito (3), e quelli

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 1.
(2) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 1, n. 2.
(3) Vinnii Comment. Instit., loc. cit.

cui compete vengono appunto da Gajo nella L. 11, D. *De verbor. signif.*, chiamati col nome di creditori: « *Creditorum* appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. » Il diritto reale, ossia il gius *in re*, è quello che ci appartiene immediatamente sopra una cosa, soggetta al nostro potere legale ed alla nostra volontà, o sotto tutti i rapporti, o sotto alcuni rapporti soltanto (1). Questo diritto reale è di più specie, che sono, secondo il Vinnio, il dominio, l'usufrutto, le servitù, il pegno, il gius di possesso: « Jus in re multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis (2). » I Moderni non si attengono a questa classificazione, e secondo essi i diritti che possono aversi sulle cose sono di due specie, cioè il dominio, e i diritti *in re* propriamente tali, chiamati *jura in re aliena,* cioè diritti separati dalla proprietà, che spettano, come diritti particolari, a chi non è il proprietario della cosa. Questi diritti *in re aliena* sono, secondo i Moderni, le servitù, l'enfiteusi, il diritto di superficie e i diritti di pegno e d'ipoteca. Il possesso non è propriamente un diritto reale, ma un semplice stato di fatto, che sotto certe condizioni produce conseguenze legali e fa nascere diversi diritti, quali sono il gius d'invocare gl'interdetti e l'usucapione (3).

532. Nel linguaggio delle Leggi Romane il vocabolo *pignus*, pegno, ha tre significati (4). Primieramente indica un diritto reale che un creditore ha sulla cosa altrui per sicurezza del suo credito. In questo senso usa Gajo la parola *pignus* nella L. 158, D. *De div. reg. Jur.*, allorchè dice: « Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit. » Il pegno considerato come diritto reale abbraccia il pegno propriamente tale e l'ipoteca. Il diritto del creditore chiamasi propriamente *pegno*, quando lo stesso creditore ottiene il possesso della cosa che forma oggetto del suo diritto. Al contrario dicesi *ipoteca,* quando il possesso della cosa resta nelle mani del debitore. Ma il diritto del creditore, o sia pegno propriamente tale, o semplice ipoteca, è in amendue i casi lo stesso, e produce gli stessi effetti e le stesse

(1) F. Mackeldey, Manuale di Diritto Rom., § 219.
(2) Loc. cit.
(3) F. Mackeldey, Manuale di Diritto Rom., § 220.
(4) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 15, § 4, n. 1.

azioni. Dice perciò Giustiniano: « Inter pignus et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur (1). » In secondo luogo usano le Leggi Romane la parola *pignus* a significare la cosa che è l'oggetto del diritto reale del creditore, o sia mobile o immobile, o sia stata consegnata al creditore, o sia rimasta nel possesso del debitore. In questo senso adopera la parola *pignus* Ulpiano nella L. 4, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, quando dice: « Si *in venditione pignoris* consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det; dicendum erit, pignus liberari. » La parola *pignus* anche in questo secondo significato abbraccia il pegno propriamente tale e l'ipoteca. Giustiniano però avverte (2) che più propriamente il vocabolo *pignus* denota le cose consegnate al creditore, e che col vocabolo *hypotheca* quelle si indicano di cui è lasciato il possesso al debitore: « *Pignoris* appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie *hypothecæ* appellatione contineri dicimus. » Che anzi la L. 238, § 2, D. *De verbor. signif.*, dando l'etimologia della parola *pignus* dice che: « *Pignus* appellatum a pugno: quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. » In terzo luogo finalmente la parola *pignus* significa il contratto reale, col quale il debitore consegna al creditore una cosa a garanzia del credito, contratto onde rimane obbligato il creditore e viene costretto alla restituzione della cosa coll'azione personale pignoratizia, di cui parla Giustiniano nelle sue Instituzioni: (3) « Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. » In quest'ultimo significato, che è il più limitato e ristretto, il pegno è cosa diversa dall'ipoteca. Imperocchè il pegno è un contratto reale che si perfeziona colla tradizione della cosa; laddove l'ipoteca, onde il debitore vincola una cosa a favore

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.
(3) Lib. 3, tit. 15, § 4.

di un suo creditore senza fargliene la tradizione, a nessuna appartiene delle diverse categorie dei contratti, e resta nei termini di un semplice patto, a cui però diede forza ed azione per l'interesse del commercio l'equità del Pretore. Ma non ostante questa differenza tra il pegno considerato come contratto reale e la ipoteca, che è un nudo patto, nell'un caso e nell'altro, come già si disse, il diritto reale del creditore è uguale, e a questo diritto reale allude appunto Ulpiano nella L. 1, pr. D. *De pignorat. act.*, quando dice: « Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. »

Riepilogando, possiamo conchiudere che il vocabolo *pignus*, pegno, nel linguaggio delle Leggi Romane significa o un diritto, o una cosa, o un contratto. Quando significa un diritto, ossia il diritto reale spettante al creditore sulla cosa vincolata a sua garanzia, pegno ed ipoteca suonano la stessa cosa, e producono gli stessi effetti. Dice perciò Ulpiano nella L. 17, D. *De pignor. et hyp.*, in termini generali ed assoluti: « Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. » Quando significa le cose vincolate a garanzia del creditore, il vocabolo *pignus* abbraccia e comprende tanto le cose consegnate al creditore, quanto quelle di cui al creditore non fu fatta la tradizione, o siano mobili od immobili; sebbene il vocabolo *pignus* nel linguaggio più proprio e rigoroso indichi le sole cose, di cui fu fatta la tradizione al creditore, e segnatamente le mobili. Quando finalmente il vocabolo *pignus* significa il contratto reale di pegno, allora è totalmente diverso dalla ipoteca, la quale si contrae per patto nudo, reso efficace dall'equità Pretoria, e senza tradizione. Ma questa differenza tra il pegno e l'ipoteca non ne rende diversi gli effetti, e però la L. 18, C. *De pign. et hyp.*, stabilisce la massima generale: « Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem est. » La quale importa che i diritti che nascono al creditore dal contratto reale di pegno sono uguali a quelli che derivano dal patto legittimo della ipoteca.

533. Il Codice Napoleone allontanandosi dalle massime del Diritto Romano, che attribuiva, come si è or ora accennato, gli stessi effetti al contratto reale di pegno e all'ipoteca, ha posto tra il pegno e l'ipoteca una sostanziale differenza, che fa di questi due diritti due distinte specie d'indole e natura total-

mente diverse. Questo Codice ha conservato l'ipoteca antica cogli stessi caratteri essenziali che le erano proprii, e mi piace di riportare le seguenti parole del Grenier, le quali saranno suggello che sgannerà chi crede in buona fede che nel Sistema Ipotecario Moderno l'ipoteca sia un diritto di nuova invenzione: « L'hypothèque est toujours dans notre législation actuelle ce qu'elle a été dans tous les temps (1). » Al contrario il diritto reale di pegno fu convertito dal Codice Napoleone in un privilegio, ed è quindi regolato non più coi principj delle ipoteche, ma con quelli dei privilegi, che sono diritti appartenenti ad una categoria diversa da quella delle ipoteche, sebbene tanto i privilegi, quanto le ipoteche siano cause legittime di prelazione nella distribuzione del prezzo delle sostanze del comun debitore (2). »

534. Il Mackeldey facendosi a definire il diritto di pegno e d'ipoteca secondo i principj del Diritto Romano dice che — è un diritto reale che un creditore ha sulla cosa altrui per sicurezza del suo credito, a fine di potere, ove abbisogni, alienarla per farsi pagare (3). — Io non mi starò a fare osservazioni su questa definizione. Mi è piaciuto di riportarla, perchè il confronto di questa con quella data dall'articolo 2114 del Codice Napoleone mostra chiaramente che il diritto d'ipoteca del Codice Napoleone non è cambiato, in ciò che ne costituisce l'essenza, da quello che era secondo gli eterni principj della Romana Giurisprudenza. L'articolo 2114 definisce l'ipoteca — un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un'obbligazione. — Facciamoci ad esaminare questa definizione.

L'ipoteca è *un diritto reale*. È fuori di dubbio che tra i diritti *in re*, ossia tra quei diritti che sono inerenti alle cose, il Diritto Romano annoverava il gius d'ipoteca, dal quale nasceva l'azione reale *quasi Serviana*, esercibile contro qualunque terzo possessore, di cui parla Giustiniano nelle sue Instituzioni: (4) « Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. » Questo carattere essenziale all'ipoteca

(1) Traité des Hyp., tom. 1, n. 6.
(2) Vedi vol. 1, n. 217, pag. 227.
(3) Manuale di Dir. Rom., § 319.
(4) Lib. 4, tit. 6, § 7.

dà all' ipoteca stessa una vita indipendente dalla persona del possessore della cosa, e dice perciò Paolo nella L. 18, § 2, D. *De pignorat act.*, che il gius d'ipoteca segue la cosa a cui è attaccata, anche dopo l'alienazione fattane dal proprietario: « Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris; qui cum sua causa fundus transeat. » Il Codice Napoleone non avrebbe potuto, senza distruggere l'ipoteca, torle il carattere, che le è essenzialmente proprio, di diritto reale.

L'ipoteca è un diritto reale *costituito sopra beni immobili*. Essendo l'ipoteca un diritto reale, le cose devono esserne necessariamente il subbietto. In ciò l'ipoteca differisce essenzialmente dal gius *ad rem*, ossia dal credito, il quale non ha alcun appoggio nelle cose del debitore, ma nella sola obbligazione, la quale è un semplice vincolo morale e giuridico di una persona verso di un'altra. Quanto alle cose, che possono essere il subbietto del gius d'ipoteca, il Gius Romano non facea differenza tra le cose mobili e le immobili, capaci le une e le altre tanto del gius di pegno propriamente detto, quanto del gius d'ipoteca. O si trattasse di vero pegno, o d'ipoteca, il solo principio che regolava la capacità delle cose era quello stabilito da Gajo nella L. 9, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, applicabile a qualunque maniera di pegno: « Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. » Ma sebbene sia vero che anche i beni mobili per Diritto Romano fossero capaci d'ipoteca al pari degli immobili, è però certo altresì che più comunemente i beni mobili si davano in pegno mediante il contratto reale di pegno che si perfezionava colla tradizione, e a semplice ipoteca si assoggettavano i beni immobili senza alcuna tradizione (1). L'ipoteca sui mobili riusciva fatalissima al commercio, e la Giurisprudenza di quasi tutti i paesi sanzionò perciò un principio generale della più grande importanza, cioè che riguardo ai mobili non potesse contro i terzi esercitarsi l'azione reale (2). Il Codice Napoleone non si limitò a questo principio, che fu certamente un gran passo, ma dichiarò capaci d'ipoteca i soli beni immobili. Oltrechè la Giurisprudenza Francese avea adottato l'anzidetto principio, che vietava, riguardo ai mobili, l'esercizio dell'azione reale contro i terzi possessori, l'ipoteca

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, n. 12.
(2) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 13.

sui mobili era assolutamente inconciliabile col sistema di pubblicità, a cui furono subordinate le ipoteche. La definizione pertanto del Mackeldey, nella quale è detto che il diritto di pegno e d'ipoteca è un diritto reale che un creditore ha *sulla cosa altrui,* è in armonia coi principj della Romana Giurisprudenza, che ammetteva sì il pegno propriamente detto come l'ipoteca sui beni mobili e sugli immobili. In questi termini generali non avrebbe potuto definirsi l'ipoteca dai Compilatori del Codice Napoleone, i quali l'hanno limitata ad una sola specie di beni, cioè ai beni immobili, proscrivendo assolutamente l'ipoteca sui beni mobili, i quali possono essere soltanto capaci di pegno, per la ragione che il pegno è stato convertito in un gius di privilegio.

L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili *vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione.* La obbligazione, che è propria delle persone, si definisce da Giustiniano: (1) « Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. » Ma questo vincolo, onde la obbligazione stringe la persona del debitore, sarebbe vano ed illusorio, se il creditore non potesse col prezzo dei beni del debitore ottenere l'adempimento di ciò che gli è dovuto. Perciò il Codice Napoleone proclama sapientemente negli articoli 2092 e 2093 i principj, che chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto ad adempire alle contratte obbligazioni *sotto la garanzia di tutti i suoi beni;* e che i beni del debitore sono *la garanzia comune de' suoi creditori.* Ma questa garanzia, che la legge accorda al creditore sui beni del debitore, è forse un vincolo che lega i beni? No. Nonostante le obbligazioni contratte dal debitore, i beni di lui rimangono liberi ed immuni da qualunque vincolo. Il debitore può liberamente alienarli a chi che sia a titolo oneroso o gratuito, sebbene colle fatte alienazioni pregiudicar possa all'interesse de' suoi creditori. Siccome l'alienazione rompe e distrugge il vincolo che legava la persona del debitore ai suoi beni, così la garanzia di necessità vien meno che su questi beni dava la legge al creditore, il quale nessuna azione può muovere contro il terzo possessore. È il gius d'ipoteca che lega con vincolo i beni del debitore a garanzia del creditore, vincolo che non si rompe per l'alienazione fattane dal debitore, il quale alienando *dominium cum sua causa transtulit*

(1) Instit., lib. 3, tit. 14, pr.

ad emtorem, come dice la L. 12, C. *De distract. pign.* È questo vincolo derivante dal gius d'ipoteca, onde sono stretti i beni indipendentemente dalla persona del debitore, che dà al creditore una efficace garanzia, e che toglie al debitore proprietario la libertà di disporre dei beni ipotecati in pregiudizio dei diritti del creditore, come dichiara la L. 15, C. *De pignor. et hypothecis:* « Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. » Come dunque la obbligazione è un vincolo della persona, così la ipoteca è un vincolo della cosa. Dice perciò la L. 8, C. *Si aliena res pignori:* « Nexum non facit prædiorum, nisi persona, quæ jure potuit obligare. » Anche la L. 2, C. *De distract. pign.*, parla dell'ipoteca come di un vincolo: « Creditor, qui hypothecæ seu pignori rem sibi *nexam* vendidit, litigiosam rem non videtur vendere. » Giustamente adunque l'articolo 2114 dice che l'ipoteca è un diritto costituito sopra beni immobili *vincolati* per la soddisfazione di un'obbligazione. Questo vincolo che stringe gl'immobili ipotecati a garanzia del creditore costituisce in certo modo un obbligo degli stessi immobili, sebbene a rigore le sole persone siano capaci di obbligazione, la quale è un dovere giuridico. Le Leggi perciò del Digesto e del Codice Giustinianeo parlano continuamente dei beni ipotecati come di beni obbligati. Citerò ad esempio, per tacere di molte altre, la L. 4, C. *De pignor. et hyp.*, la quale si esprime nei seguenti termini: « Cum te pecuniam accepisse, et agros tuos *obligasse* fatearis; non habet rationem, quod quereris vi te coactum pignori dare. » Le obbligazioni, considerate riguardo alla persona obbligata, sono o *principali* o *accessorie.* Le prime sono quelle del principal debitore che si obbliga per sè e non per altri. Le seconde sono quelle delle persone che accedono all'obbligazione altrui a garanzia del creditore (1). Nella classe delle obbligazioni accessorie sono altresì a collocarsi le ipoteche, le quali accedono appunto alla obbligazione del debitore a garanzia e sicurezza maggiore del creditore. Imperocchè l'ipoteca non ha altro scopo che di guarentire l'efficacia di una obbligazione e assicurarne l'adempimento. Un ben agiato debitore, che ha contratti diversi debiti, sperpera a poco a poco e mette in fondo

(1) Pothier, Des obligat., n. 186.

il proprio patrimonio. I creditori chirografarj, che non hanno azione contro i terzi possessori dei beni alienati, rimangono falliti delle loro speranze e perdono in tutto o in parte i loro capitali. Chi si salva nel comune naufragio? Il creditore ipotecario, a cui le alienazioni del debitore non poterono pregiudicare. Il debitore sia pur uomo d' incorrotta fede, buon padre di famiglia, geloso osservatore delle promesse, potrà sempre soddisfare alle assunte obbligazioni? Un incendio gli divora e strugge quanto avea di ricchezza in beni mobili; un iniquo furto gl' invola una grossa somma, frutto di lunghi risparmj o prezzo di beni alienati; il fallimento di un terzo che gli doveva forte quantità di denaro, e mille altre cause indipendenti da colpa e da mala fede riducono il povero debitore a tale stato da non potere rispondere del dovuto pagamento ai legittimi creditori, che si fidarono al suo onore e alla sua lealtà. Quale dei creditori non riman vittima delle disgrazie, nelle quali la rea fortuna avvolse l' incolpevole debitore? Il creditore ipotecario, al quale sta mallevadore il fondo datogli in ipoteca. Alcuni credono che quando fosse sbandita dal mondo la mala fede, vano sarebbe il rimedio della ipoteca, quasi che questa fosse solo un' arme contro la slealtà del debitore. È certo che minore sarebbe il bisogno dell' ipoteca, quando tutti gli uomini tenessero per sacra la fede delle promesse, o almeno temessero le pene che i buoni Antichi, chiamati *barbari* dal nostro secolo che si vanta civile, imprecavano ai fedifraghi e agli spergiuri.....

perchè primi
Del patto vïolàr la santitate,
Sul lor capo cadran morti e ruine (1).

Ma l' ipoteca non garantisce solo il creditore contro le arti della mala fede, chè lo difende altresì contro il pericolo di quegli scogli, a cui rompe non rare volte la navicella dell' onesto debitore, sbattuta rabbiosamente dall' infuriare delle onde e degli aquiloni. L' ipoteca è una efficace garanzia pel creditore, e serve allo stesso scopo, al quale giovano i fidejussori, *quos homines,* come dice Giustiniano (2), *accipere solent, dum curant, ut diligen-*

(1) Monti, Iliade, lib. 4, v. 325.
(2) Instit., lib. 3, tit. 21, pr.

tius sibi cautum sit. Dice perciò il Vinnio: (1) « Fidejussores et pignora sponsionum fideique sunt vincula et firmamenta. » Meglio anzi dei fideiussori garantisce ed assicura l'interesse del creditore il rimedio della ipoteca, perchè anche i fideiussori o possono per colpa fallire alle loro promesse, o cader vittima di quelle stesse vicende, che tolgono all'onesto debitore i mezzi di soddisfare alle proprie obbligazioni con buona fede contratte. Del resto quando pure si prescinda dalle cause o ree o innocenti, che possono mettere in pericolo le somme dovute ai creditori, e si supponga che la garanzia generale data dalla legge sui beni presenti e futuri del debitore bastar potesse a far sicuri e tranquilli i paurosi creditori, cesserebbero per questo i vantaggi dell'ipoteca? No. E in fatti, muore il debitore lasciando sei o più eredi, abitanti in diversi luoghi. Il creditore, che avea dato il suo capitale ad un solo debitore, si troverà avere dopo la morte di lui tanti debitori, quanti saranno del defunto gli eredi, e ciò perchè ciascuno di questi è tenuto al pagamento *pro ea parte, qua heres est,* giusta il principio stabilito nella L. 157, D. *De diversis regulis Juris.* Non è questo un leggiero inconveniente, a cui può essere suo malgrado esposto qualunque creditore personale, il quale dovrà per la riscossione del suo credito fare tanti giudizj, quanti saranno gli eredi del defunto debitore. Ma se a garanzia del credito sarà stata data una ipoteca al creditore, allora questi schiverà la pluralità dei giudizj e la divisione della sua azione, giovandosi del diritto che gli accorda in grazia della ipoteca la L. 2, C. *De hered. act.,* la quale dà diritto al creditore ipotecario di agire per l'intero contro il possessore del fondo ipotecato: « Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in Fisci rationibus placuit: *nisi intercedat pignus, vel hypotheca,* tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est. » Nè l'ipoteca giova al solo creditore. Insegna l'illustre Economista Boccardo (2), che l'ipoteca, mentre guarentisce l'efficacia delle convenzioni, protegge del pari e chi fa credito e chi ne abbisogna. Non è questa una verità nuova, ma una verità antica insegnata da Ulpiano nella L. 5, § 2, D. *Commodati.* Facendosi in questa Legge Ulpiano con quella sapienza, equità e

(1) Comment. Instit., lib. 3, tit. 21, pr., sotto le parole: *Ut diligentius sibi.*

(2) Trattato Teorico-Pratico di Economia Politica, vol. 2, cap. 4.

giustizia, onde erano eminentemente illuminati i Romani Giureconsulti, a determinare i diversi gradi di responsabilità a cui sono fra loro tenuti i contraenti secondo che i contratti mirano al vantaggio di uno solo o di amendue, dice che nel pegno sono fra loro risponsabili di dolo e di colpa lieve, perchè si tratta di un contratto che torna a vantaggio di entrambi i contraenti, tanto cioè del debitore, quanto del creditore: « Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut *in pignore*, ut in societate; et dolus et culpa præstatur. » Ecco il contratto di pegno uguagliato da Ulpiano alla compra e vendita, alla locazione e condotta, alla società, per l'unica ragione che torna in vantaggio di amendue i contraenti. E Giustiniano nelle sue Instituzioni nel ripetere il principio di Ulpiano indica altresì il perchè nel contratto di pegno si combinano ad un tempo l'interesse del creditore e quello del debitore: « Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, *quo magis pecunia ei credatur*, et creditoris, *quo magis ei in tuto sit creditum*; placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam, exactam diligentiam adhibeat. » (1) Sì certamente, i due interessi del creditore e del debitore sono egualmente protetti col pegno e colla ipoteca. È protetto l'interesse del creditore, il quale vede assicurata e garantita contro i pericoli sì della mala fede come della involontaria insolvibilità del debitore la restituzione del suo capitale. È protetto grandemente l'interesse del debitore, il quale trova più agevolmente i capitali di cui abbisogna. Ma alla ragione addotta da Giustiniano, per la quale l'ipoteca riesce utile al debitore, — *quo magis pecunia ei credatur*, — vuolsi aggiungerne un'altra di non poca importanza, cioè che il debitore offrendo al creditore una efficace ipoteca trova i capitali che gli bisognano a moderato interesse. E infatti il capitale non essendo che lavoro accumulato, come insegnano gli Economisti, il capitalista merita un guadagno che lo premii e lo compensi del suo lavoro, e questa legittima mercede del capitalista è appunto il profitto o interesse del capitale. Ma il premio dovuto al capitalista pel ceduto uso del suo capitale non è il solo elemento che regola la misura del convenuto interesse. Quando il capitalista fa prestito di una somma di denaro, un altro elemento concorre a fissare l'interesse, ed è il premio d'assicurazione per i rischi che corre di perdere in

(1) Lib. 3, tit. 15, § 1.

tutto o in parte il somministrato capitale (1). Quanto è maggiore il pericolo di questa perdita, altrettanto cresce il premio e quindi l'interesse, il quale all'incontro diminuisce in ragione inversa dei rischi ai quali il somministratore può essere esposto. Colla garanzia dunque di una efficace ipoteca data al creditore non solo il debitore troverà più facilmente i capitali a lui necessarj, ma li troverà anche ad un interesse moderato e assai minore di quello che dovrebbe rispondere quando il creditore dovesse fidarsi alla sola buona fede e alla religione del contratto. Dice perciò molto giustamente il chiarissimo Economista Toscano Professor Corbani (2), che l'ipoteca, destinata a garantire i diritti del creditore, offrendo nella terra indeperibile e perennemente produttiva una garanzia per eccellenza, dà solido e reale fondamento al credito, ed eccita e all'accumulazione del capitale per la sicurezza e ai miglioramenti industriali specialmente agricoli per la facilità di ottenere il capitale stesso a moderato interesse.

535. Abbiamo esaminata la definizione che dà dell'ipoteca l'articolo 2114. Questa definizione è precisa ed esatta? La definizione, come insegna Cicerone (3), deve chiaramente spiegare l'essenza e natura della cosa: « Omnis, quæ a ratione suscipitur de aliqua re institutio, debet a definitione proficisci: ut intelligatur, quid sit id, de quo disputatur. » E il Corte ne' suoi Elementi di Filosofia avverte (4), che la definizione non solo deve essere chiara, ma altresì convenire a tutta e solo alla cosa definita, ed essere convertibile in modo che i due membri della definizione possano sostituirsi l'uno all'altro, e formino una vera equazione tra loro la cosa definita e la stessa definizione. Ora, tutto ciò che l'articolo 2114 dice dell'ipoteca non conviene altresì ai privilegi costituiti sopra gl'immobili? E infatti, anche questi privilegi non sono un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un'obbligazione? Non mi si dica che anche la definizione dell'ipoteca data dal Mackeldey (5) secondo i principj del Diritto Romano s'accorda con quella dell'articolo 2114. Risponderò che secondo il Diritto Romano i pri-

(1) Boccardo, Trattato Teor.-Prat. di Econ. Pol., vol. 1, cap. 2, n. 92.
(2) Economia Sociale, sez. 2, § 121, pag. 17.
(3) De offic., lib. 1, cap. 2.
(4) Logica, sez. 2, cap. 1, art. 1, n. 325.
(5) V. sopra n. 534.

vilegi non erano diritti reali, ma semplici azioni personali e chirografarie; che il diritto reale dei creditori era quello solo dell'ipoteca, la quale si distingueva in ipoteca semplice e ipoteca privilegiata; e che i privilegi considerati come diritto reale separato e distinto dall'ipoteca non erano ammessi. Per non ripetere le cose dette nel primo e nel secondo volume, mi limiterò a riportare le seguenti brevi parole del Vinuio: « Creditorum alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: et in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri et simplices, vel chirographarii vel hypothecarii (1). » La definizione dunque generale del Mackeldey è tale quale conviene al gius reale dell'ipoteca romana, ed è perciò applicabile tanto all'ipoteca semplice quanto all'ipoteca privilegiata. Ma secondo il Codice Napoleone i privilegi costituiti sui beni immobili, sebbene abbiano molti punti di affinità e somiglianza colle ipoteche, sono però diritti reali da queste separati e distinti. Doveano perciò i Compilatori del lodato Codice aggiungere alla definizione dell'ipoteca la proprietà caratteristica che distingue le ipoteche dai privilegi, la proprietà cioè di attribuire prelazione secondo l'anteriorità del tempo. È in ciò principalmente che il privilegio si distingue dall'ipoteca, perchè, sebbene l'uno e l'altra sieno diritti reali e cause legittime di prelazione, questa nei privilegi si misura dalla sola qualità del credito, e al contrario nelle ipoteche dalla data del tempo giusta l'assioma dell'antica Romana Giurisprudenza: — « Qui prior est tempore, potior est jure. » — Alcuno potrebbe tacciarmi di temerario, perchè ho ardito criticare la definizione dell'ipoteca dettata dalla sapienza dei Compilatori del Codice Napoleone. Risponderò con tutta franchezza che l'ossequio dovuto agli uomini eminenti non deve togliere a chi scrive la libertà di sottoporre sommessamente le proprie osservazioni al giudizio dei suoi benigni lettori. Del resto io credo più giusta la mia critica che non quella fatta alla stessa definizione dall'illustre Troplong, il quale così si esprime: « Mais pour que la définition fût complète (la definizione cioè dell'articolo 2114), il avait fallu ajouter que le débiteur conserve la possession de la chose hypothéquée, et que la fin de l'hyothèque est la vente de la chose affectée. La première des ces circonstances est importante. Elle constitue un des

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 4.

caractères principaux de l'hypothèque (1). » A me pare che l'aggiunta proposta dal Troplong riguardante il possesso dell' immobile ipotecato non fosse necessaria. E infatti, sebbene sia vero che nell'ipoteca il debitore conserva il possesso della cosa ipotecata, è certo altresì che questa circostanza non tocca l' essenza del diritto reale dell' ipoteca radicato sulla cosa che ne è il subbietto. Ciò è sì vero che anche Giustiniano, sebbene ammetta che il pegno e l' ipoteca sono differenti in questo, che nel pegno la cosa vincolata si consegna al creditore, e nell' ipoteca rimane nel possesso del debitore, dichiara però che, quanto alla sostanza e alla essenza del diritto, il pegno e l' ipoteca sono la stessa cosa: « Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest (2). » Così pure Marciano nella L. 5, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, dice che: « Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt. » Suppongasi che il debitore faccia anche la consegna al creditore dell'immobile ipotecato. Questa tradizione, certamente non necessaria, darà al creditore la responsabilità della custodia, ma non varierà punto il diritto reale della costituita ipoteca, il quale sarà quel medesimo che sarebbe stato se l'immobile ipotecato fosse rimasto nel possesso del debitore. D' altra parte, quando l' articolo 2114 dice, senza far parola di tradizione e di possesso, che l' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione, esclude col solo silenzio la necessità della tradizione al creditore dell' immobile ipotecato, dovendo la definizione indicare chiaramente ed espressamente tutte le proprietà e condizioni che l' essenza costituiscono della cosa definita. Neppure crederei necessaria l' altra aggiunta voluta dal Troplong, che cioè il fine dell' ipoteca è la vendita dell' immobile ipotecato, perchè, essendo detto che gl' immobili, su cui è costituita l' ipoteca, sono vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione, il diritto del creditore di domandarne la vendita è virtualmente indicato. Sarebbe infatti illusorio il diritto dell' ipoteca, se il creditore non avesse facoltà di far vendere l' immobile ipotecato.

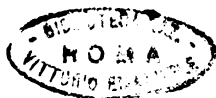
536. Se l' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni

(1) Art. 2114, n. 386.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.

immobili vincolati *per la soddisfazione di un' obbligazione,* quali saranno le obbligazioni, che potranno essere efficacemente garantite con ipoteca? Marciano nella L. 5, pr. D. *De pignor. et hyp.*, risponde chiaramente a questa domanda: « Res hypothecæ dari posse sciendum est *pro quacumque obligatione:* sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emtio, vel venditio contrahatur, vel etiam locatio, et conductio, vel mandatum: et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in præsenti contracta, sive etiam præcedat; sed et futuræ obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. » Il diritto dell'ipoteca è secondo la sua natura un diritto puramente accessorio. Suppone dunque sempre l' esistenza d' un credito, cui deve servire di garanzia. Ma dalla citata Legge chiaramente risulta che qualunque obbligazione di qualunque natura e specie derivante da qualsiasi causa può essere efficacemente garantita ed assicurata con efficace ipoteca. Si può dell' ipoteca ripetere ciò che Ulpiano dice nella L. 1, D. *De fidejussor.*, in termini generali dei fideiussori, la cui obbligazione è accessoria non meno del gius d' ipoteca: « Omni obligationi fidejussor accedere potest. » Ciò che importa si è che la obbligazione garantita dall' ipoteca sia valida, perchè un vincolo accessorio non può in alcuna maniera sussistere ed aver forza, ove sia nulla la obbligazione principale. Quando la obbligazione principale è nulla, nulla si è pure la ipoteca in grazia del principio di ragion naturale e civile stabilito dalla L. 129, § 1, D. *De div. reg. Juris:* « Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent. » E per citare un esempio mi varrò di quello che mi offre Ulpiano nella L. 39, § 1, D. *De rei vindicatione:* « Julianus recte scribit, mulierem, quæ intercedens, fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, posse in rem actionem petere. » Per qual ragione stabilisce Ulpiano in questa Legge, che una donna, la quale a garanzia dell' assunta malleveria diede un fondo in ipoteca, può non ostante la vendita fattane dal creditore, intentare l' azione di rivendicazione per riavere il suo fondo? La ragione viene data da Gajo nella successiva L. 40: « Quia nullum pignus creditor vendidisse videtur. » E non per altro il pegno è nullo, se non perchè fu dato dalla donna a garanzia di una ob-

bligazione nullamente contratta contro il divieto del Senatusconsulto Velleiano.

Ma perchè la ipoteca sia valida ed efficace, è assolutamente necessario che la obbligazione principale sia valida in faccia alla legge civile, o basterà anche che sia valida soltanto in faccia alla legge naturale? Secondo la citata L. 5, pr. D. *De pignor. et hyp.*, qualunque obbligazione anche semplicemente naturale può servire di fondamento ad una valida ed efficace ipoteca: « Et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum *naturali.* » Questa massima generale relativa alle obbligazioni naturali dimanda una spiegazione, perchè non tutte le obbligazioni naturali producono gli stessi effetti in faccia alla legge civile. Vi sono in fatti delle obbligazioni naturali, a cui la legge civile nega qualunque favore ed assistenza tanto in via di azione, quanto in via di eccezione; e ve ne ha delle altre, a cui la legge civile, sebbene neghi qualunque rimedio di azione, accorda qualche favore ed assistenza almeno in via di eccezione. È questa una distinzione della più alta importanza, a cui vuolsi avere riguardo, quando si tratta degli effetti legali derivanti dalle obbligazioni naturali (1). Se una donna, p. e., si fa mallevadrice dell'obbligazione altrui, rimane senza dubbio obbligata naturalmente; ma dalla sua obbligazione naturale non può nascere alcun effetto civile, perchè *totam obligationem,* come dice la L. 16, § 1, D. *Ad Senatus. Vellejan., Senatus improbat.* Perciò le Leggi 39 e 40, D. *De rei vindicat.*, sopra citate, dichiarano nulla la ipoteca costituita dalla donna a garanzia dell'assunta malleveria. Un esempio poi di quelle obbligazioni naturali, a cui la legge civile accorda qualche favore ed alcuni effetti legali, sebbene neghi qualunque azione per chiederne l'adempimento, si ha nella obbligazione naturale derivante dai nudi patti, a cui la L. 7, § 4, D. *De pactis,* concede il rimedio della eccezione: « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » Ciò posto, sebbene sia vero il principio generale stabilito dalla L. 5, D. *De pignor. et hyp.*, che cioè anche le obbligazioni naturali possono essere efficacemente garantite con ipoteca, non bisogna credere che qualunque obbligazione naturale possa servire di fondamento ad una valida ipoteca. Imperocchè di questo effetto sono capaci quelle sole obbligazioni naturali, a cui la legge civile accorda

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 14, pr. n. 8.

qualche favore ed assistenza; laddove le altre, a cui la legge civile nega ogni maniera di protezione, non sono suscettive di alcuna efficace garanzia. Citerò in conferma di questa distinzione l'autorità del sommo Vinnio, il quale parlando della obbligazione dei fideiussori insegna: « Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest... Ceterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest (1). » Ciò che il Vinnio dice della fideiussione è applicabile alla ipoteca, essendo questa, come la fideiussione, una garanzia accessoria. Il principio dunque stabilito dalla citata L. 5, D. *De pignor. et hyp.*, e da molte altre, secondo il quale anche la obbligazione naturale può essere efficacemente garantita con ipoteca, deve adottarsi e applicarsi colla distinzione or ora indicata, e qualunque volta si dia il caso di una obbligazione naturale garantita con ipoteca, prima di giudicare se la ipoteca sia o no valida, vuolsi considerare la obbligazione nei suoi rapporti colla legge civile. Imperocchè, o trattasi di obbligazione naturale riprovata assolutamente dalla legge civile, e l'ipoteca sarà nulla; o la legge civile non nega qualche favore alla obbligazione naturale, è in questo caso l'ipoteca dovrà tenersi per valida. Ma quali sono questi favori che la legge civile accorda ad alcune obbligazioni naturali, e dai quali si potrà argomentare se sia valida o nulla l'ipoteca, onde furono garantite? Il Vinnio ne indica i principali: « Ceteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis et civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, ejusdem soluti per errorem retentio. Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, item novari. Potest et fidejussor huic obligationi accedere, denique et pignus (2). » Ciò che si è detto riguardo all'ipoteca, che serve di garanzia ad una obbligazione naturale, trova una luminosa conferma nella L. 7, D. *De fidejussoribus*, la quale serve a spiegare e restringere entro i dovuti confini il principio

(1) Comment. Instit., lib. 2, tit. 21, § 1, n. 4.
(2) Comment. Instit., lib. 3, tit. 14, pr. n. 8.

generale stabilito dall'antecedente L. 6. Questa L. 6, § 2, dichiara che il fideiussore può accedere a qualunque obbligazione, *dummodo sit aliqua, vel naturalis futura obligatio.* Questo principio generale è uguale a quello che trovasi scritto nella più volte citata L. 5, pr. D. *De pignoribus et hypothecis.* Ma Giuliano, il quale nella successiva L. 7, *De fidejus.*, commenta e spiega l'anzidetto principio, ci addita a quale obbligazione naturale deve il medesimo principio riferirsi. Giuliano dice: « Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, hujus naturalis obligationis fidejussionem accipi posse. » Trova forse giusto Giuliano nella citata L. 7, D. *De fidejus.*, che qualunque obbligazione naturale possa ammettere il pegno o la fideiussione? No. Secondo Giuliano è conveniente che anche la obbligazione naturale sia capace di fideiussione, quando la legge civile nega l'azione d'indebito per ripetere ciò che fu pagato in adempimento della stessa obbligazione naturale, ossia, in altri termini, quando la legge civile accorda alla obbligazione naturale qualche favore ed assistenza. E siccome la fideiussione si regola, quanto al bisogno di essere appoggiata ad una obbligazione principale, cogli stessi principj, coi quali si regge il gius d'ipoteca; così la spiegazione che dà Giuliano nella citata L. 7, D. *De fidejus.*, ci porge una regola sicura per intendere il principio generale stabilito da Marciano nella più volte citata L. 5, pr. D. *De pignoribus et hypothecis,* e applicarlo alle sole obbligazioni naturali protette e assistite dalla legge civile con qualche favore. I seguenti due esempj, l'uno tratto dalla L. 16, § 1, D. *Ad Senatus. Vellejan.*, e l'altro dalla L. 13, pr. D. *De condict. indeb.*, confermano ciò che abbiamo detto sinora e la distinzione colla quale deve applicarsi relativamente alle obbligazioni naturali il principio generale stabilito dalla più volte citata L. 5, D. *De pignoribus et hypothecis.* La prima di queste Leggi dichiara nulla la obbligazione del fideiussore che garantì la malleveria assunta da una donna contro il divieto del Senatusconsulto Velliano, e accorda al fideiussore la stessa eccezione che alla donna. Ecco dunque il caso di una obbligazione naturale, che non può essere efficacemente garantita con una valida ipoteca, e ciò perchè *totam obligationem Senatus improbat.* L'altra reca il caso della obbligazione naturale del servo, che non essendo riprovata dalla legge civile ammette la fideiussione e il pegno:

« Naturaliter etiam servus obligatur; et ideo si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur; et pignus pro eo datum tenebitur, et si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat, dederit, utilis pignoratitia reddenda est. »

La citata L. 5, pr. D. *De pignor. et hyp.*, dice che l'ipoteca può essere costituita *vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali*. Dell'obbligazione naturale abbiamo già parlato. In tre sensi chiamansi in Diritto Romano *civili* le obbligazioni. Primieramente chiamansi *civili* quelle, *quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt*, come dice Giustiniano (1), e in questo senso si oppongono alle pretorie, *quas Prætor ex sua jurisdictione constituit* (2). In secondo luogo chiamansi *civili* tutte quelle che ripetono la loro forza ed efficacia dal Gius Civile, anzichè dal Gius Naturale, e in questo senso anche le pretorie appartengono alla classe delle civili (3). Finalmente nel terzo senso chiamansi *civili* quelle obbligazioni, che sono valide a stretto rigore del Gius Civile, ma che non essendo appoggiate alla equità naturale sono rese vane e senza effetto mediante il rimedio di una eccezione perentoria accordata dal Pretore (4). La obbligazione chiamata *civile* in quest'ultimo senso non può servire di fondamento ad una ipoteca, perchè una simile obbligazione non ha e non può avere alcun effetto in grazia della eccezione che la rende vana. Le sole obbligazioni chiamate *civili* nei primi due sensi possono essere efficacemnte garantite con ipoteca. Qualunque obbligazione valida ed efficace in faccia alla legge civile può essere il fondamento di una valida ipoteca, o derivi da contratto o da quasi contratto, o da delitto o da quasi delitto, o direttamente dalla legge, o consista nel dare, o nel fare, o nel non fare, perchè anche nelle obbligazioni di fare o di non fare *id venit in stipulationem, quod mea interest*, come dice Paolo nella L. 68, D. *De verbor. obligationibus*. Nulla rileva poi che la obbligazione, a cui ga-

(1) Instit., lib. 3, tit. 14, § 1.
(2) Instit., loc. cit.
(3) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 14, § 1.
(4) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 14, pr. n. 9.

ranzia viene costituita l' ipoteca, sia la obbligazione del debitor principale, o quella del suo fideiussore. Infatti la L. 8, § 12, D. *De fidejus.*, ammette la fideiussione della fideiussione: « Pro fidejussore fidejussorem accipi, nequaquam dubium est. » Per la stessa ragione la obbligazione di un fideiussore, sebbene sia accessoria rispetto a quella del debitor principale, può esser efficacemente garantita con una ipoteca, la cui efficacia dipende dalla validità ed efficacia della obbligazione del fideiussore, la quale rispetto alla ipoteca veste il carattere di obbligazione principale. In questo caso ciò che importa si è che la obbligazione del fideiussore sia valida ed efficace. Imperocchè quando la obbligazione del fideiussore, che acquista, rispetto all' ipotèca, il carattere di obbligazion principale, non fosse valida ed efficace, la ipoteca costituita a garanzia della medesima non potrebbe sussistere ed aver forza, quand' anche in faccia al creditore fosse valida ed efficace la obbligazione del debitor principale. Perciò Gajo nella L. 2, D. *Quæ res pignori,* non dà efficacia alla ipoteca costituita da un terzo a garanzia della malleveria assunta da una donna, non ostante la validità dell' obbligazione principale del debitore, di cui si fece mallevadrice la donna a garanzia del creditore: « Si alius pro muliere, quæ intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est: an his succurritur, quæritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur succurri ei: sicut fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quæ tractantur et in fidejussore ejus. »

Il Codice Napoleone non ha cambiata la natura dell' ipoteca destinata a garantire la soddisfazione di una obbligazione, e corrono perciò gli stessi principj del Diritto Romano quanto alla necessità di una obbligazione valida ed efficace che deve essere il fondamento della ipoteca (1). Non credo però applicabile al Codice Napoleone ciò che si è detto riguardo alle obbligazioni naturali. Imperocchè se da una parte questo Codice ha tolta la troppo sottile distinzione che faceva il Diritto Romano tra i contratti e i patti nudi, distinzione già abolita in Francia anche

(1) Duranton, n. 242.

prima della pubblicazione del detto Codice (1), dall' altra non dà alcuna forza ed effetto alle semplici obbligazioni naturali. E come per Diritto Romano non poteva avere alcuna forza ed efficacia, come si disse, l' ipoteca costituita a garanzia di quelle obbligazioni naturali, a cui la legge civile negava qualsiasi favore ed assistenza tanto in via di azione quanto di eccezione; così le sole obbligazioni civili potranno secondo il Codice Napoleone servire di fondamento ad una valida ipoteca. Se infatti la sola obbligazione civile è tenuta in conto dal Codice Napoleone, se questa sola è protetta cogli efficaci rimedj delle azioni e delle eccezioni, se la obbligazione naturale raccomandata alla coscienza ed alla onestà della persona obbligata non ha alcuna forza ed efficacia in faccia al Codice Napoleone, ed è priva di qualsiasi soccorso ed assistenza, è chiaro che la sola obbligazione civile potrà essere garantita con valida ed efficace ipoteca. A che infatti varrebbe la ipoteca, la quale non è altro che un vincolo accessorio, costituita a garanzia di una obbligazione naturale avuta per nulla dalla legge civile? Che importa che uno sia tenuto dalle leggi dell' onore e della coscienza all' adempimento di una obbligazione naturale, se la legge civile non dà in mano alla persona, in cui favore la obbligazione stessa fu contratta, alcun' arme e rimedio legale atto a domandarne ed ottenerne l' esecuzione? Chi manca alle leggi dell' onore e della coscienza, sarà giustamente tenuto a vile, abborrito e giudicato indegno dell' onorevol nome di cittadino; ma quando una obbligazione naturale non è sostenuta e protetta dalla legge civile, si ha per non esistente in faccia alla stessa legge civile, e non può quindi servire di fondamento ad una valida ipoteca. Lo scopo dell' ipoteca è di garantire l'adempimento di una obbligazione, e una obbligazione di cui non può in alcuna maniera domandarsi l' esecuzione, non è capace e suscettiva di legale garanzia, non potendo essere capace di legale garanzia una obbligazione che in faccia alla legge civile non esiste. Qualunque siano adunque gli effetti che ad alcune obbligazioni naturali accordava il Gius Romano, come a quelle, p. e., derivanti dai patti nudi, qualunque siano le massime dello stesso Diritto Romano riguardo alla efficacia della ipoteca costituita a garanzia di quelle obbligazioni naturali, a cui la legge civile accordava qualche favore ed assistenza, tengo per certo che secondo

(1) Pothier, Des obligat., n. 192.

i principj del Codice Napoleone la obbligazione che può essere garantita con efficace ipoteca, deve essere necessariamente una obbligazione civile.

537. Marciano nella più volte citata L. 5, pr. D. *De pignor. et hyp.*, dice che l'ipoteca può essere costituita a garanzia di una obbligazione pura, o condizionale, o contratta a tempo: « sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione. » Se la obbligazione principale è pura, è chiaro che la efficacia della ipoteca si misura immediatamente dal giorno in cui venne costituita, perchè nelle obbligazioni pure ciò che è dovuto *confestim peti potest*, come dice Giustiniano (1). Lo stesso è a dirsi della ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione stipulata a tempo, perchè, sebbene nelle obbligazioni a tempo *cessit dies, sed nondum venit,* come dice Ulpiano nella L. 213, D. *De verbor. signif.*, è però certo che l'obbligazione a tempo ha forza e sussiste in tutta la sua pienezza il giorno stesso in cui fu stipulata, e però *quod in diem stipulamur, statim quidem debetur,* come insegna Giustiniano (2). Anche l'articolo 1185 del Codice Napoleone dichiara che il termine apposto alle obbligazioni non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione. Diverse dalle obbligazioni pure o a tempo sono le obbligazioni dipendenti da una condizione sospensiva, perchè in queste, *neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione,* come dice Ulpiano nella già citata L. 213, D. *De verbor. significatione.* Se viene garantita una obbligazione condizionale con ipoteca, può nascere il dubbio se gli effetti di questa ipoteca debbano misurarsi dal giorno del contratto, o da quello in cui si verificò la condizione. La condizione sospensiva apposta ad una obbligazione produce le seguenti conseguenze indicate dal Vinnio colle poche parole che qui riporto: « Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil debeatur; ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset; deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio (3). » Siccome prima che si verifichi l'incerto avvenimento, nulla è dovuto al creditore, ossia la obbligazione ancor non è nata, così parrebbe che l'ipoteca dovesse avere ef-

(1) Instit., lib. 3, tit. 16, § 2.

(2) Instit., loc. cit.

(3) Comment. Instit., lib. 3, tit. 16, § 4, sotto le parole: *Tantum spes est.*

ficacia dal giorno soltanto in cui la condizione rimane adempiuta. Ma sebbene prima che la condizione si verifichi, i diritti del creditore siano in sospeso, è però certo che egli acquista una speranza, cui trasmette ai suoi eredi. Questa massima è chiaramente stabilita da Giustiniano nelle sue Instituzioni: « Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit (1). » In vista di questa speranza trasmissibile agli eredi, Ulpiano nella L. 42, pr. D. *De obligat. et action.*, chiama appunto col nome di creditore colui cui è dovuta qualche cosa sotto una condizione sospensiva non per anco verificata: « Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor: sed tunc, cum extiterit conditio: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. » Oltre ciò, è certo che la condizione verificata si retrotrae al giorno del contratto, come se da quel giorno la obbligazione fosse stata contratta puramente e senza condizione. Il perchè il Pothier pensa che gli effetti tutti dell' ipoteca, onde fu garantita una obbligazione condizionale, debbano misurarsi dal giorno del contratto stipulato (2). Ma senza bisogno di ricorrere all' autorità del Pothier, certamente di grandissimo peso, ogni dubbio viene tolto da Gajo nella L. 11, pr. e § 1, D. *Qui potiores in pignore*. In questa Legge Gajo primieramente suppone che Tizio dia ipoteca a Sempronio a garanzia di una obbligazione concepita nei seguenti termini — *Si ab eo pecuniam acceperit,* — e decide che la ipoteca non ha forza se non dal giorno, in cui Tizio prese effettivamente la somma a prestito da Sempronio, e non già dal giorno della sua costituzione: « Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam: quamvis cum alio ante convenerat, *ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata;* licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. » Suppone in secondo luogo che Tizio dia una ipoteca a garanzia di una obbligazione condizionale, e decide che in questo secondo caso, totalmente diverso dal primo, l' efficacia e gli effetti della costituita ipoteca si devono misurare dal giorno del contratto, e non da quello della verificata condizione: « Videamus, an idem dicendum sit,

(1) Lib. 3, tit. 16, § 4.
(2) Des obligat., n. 221.

si, sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eamdem hypothecam: tunc deinde prioris stipulationis existat conditio; ut potior sit, qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset: quod et melius est. » Perchè nel primo caso Gajo dà forza all'ipoteca non dal giorno in cui fu costituita, ma da quello in cui l'ipotecante prese i denari; e nel secondo invece dal giorno del contratto, e non da quello della verificata condizione? La ragione è chiarissima e indicata dallo stesso Gajo. Nel primo caso l'ipotecante *poterat non accipere pecuniam*, e diede l'ipoteca a garanzia di una obbligazione futura, dipendente non già da un incerto avvenimento, ma unicamente dalla sua volontà. È ben vero che l'obbligazione fu contratta sotto la forma di una obbligazione condizionale, ma quando la condizione è meramente potestativa e dipendente dalla sola volontà del debitore, si risolve in quella *si volam*, dalla quale non può nascere, come dice Pomponio nella L. 8, D. *De obligat.*, alcuna obbligazione: « Sub hac conditione, *si volam*, nulla fit obligatio. » Al primo caso contemplato da Gajo nella citata L. 11, D. *Qui pot. in pign.*, s'accorda ciò che dice Paolo nella L. 30, D. *De reb. creditis*, la quale serve all'altra di spiegazione: « Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, *in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.* » Nel primo caso adunque essendo libero l'ipotecante di prendere o di non prendere i denari, non vi era e non vi poteva essere per parte sua obbligazione, finchè egli non avesse fatto uso di tale facoltà e non fosse divenuto così debitore col prendere effettivamente i denari a prestito. L'ipoteca pertanto solo da questo giorno in cui furono presi i denari, e non da quello della sua costituzione, poteva acquistar forza ed efficacia, non potendo aver forza l'ipoteca senza l'obbligazione principale, giusta il principio ripetuto da tutti gl'Interpreti: *Sans principal, point d'accessoire* (1). Al contrario nel secondo caso contemplato da Gajo nella citata L. 11, § 1, D. *Qui pot. in pign.*, l'ipoteca è data per un' obbligazione rigorosamente condizionale, ossia dipendente non dalla volontà e dall'arbitrio dell'ipotecante, ma da un futuro ed incerto avvenimento, verificandosi il quale gli effetti tutti di

(1) Duranton, n. 242.

questa obbligazione, e quindi anche l'ipoteca costituita a sua garanzia, devonsi necessariamente retrotrarre al giorno in cui fu stipulata, perchè da questo giorno l'ipotecante tolse a sè medesimo la libertà di sottrarsi alle conseguenze della sua obbligazione, subordinata ad un avvenimento indipendente dalla sua volontà. Sebbene la detta L. 11 sia chiarissima, e provi con tutta evidenza che nelle obbligazioni condizionali, quando la condizione non è meramente potestativa, ossia dipendente dalla sola volontà del debitore, gli effetti della ipoteca data a garanzia si misurano dal giorno in cui fu costituita, e non da quello in cui si verificò la condizione, aggiungerò a maggiore conferma di questa verità le seguenti parole del Brunnemanno, onde viene illustrata la detta Legge: « Quando igitur obligatio principalis est suspensa, sub conditione expressa vel tacita, et simul data hypotheca, si illa conditio est *potestativa*, i. e. si in potestate debitoris est, se non obligari, ut in mutuo, tunc incipit a die impletæ conditionis; quando autem non est potestativa, i. e. non est in potestate debitoris, se non obligari, ut si de locatione agatur, hypotheca incipit a die primæ obligationis. » Non bisogna dunque confondere il caso di una ipoteca data per una obbligazione condizionale con quello di una ipoteca costituita per una obbligazione futura. Certamente per Diritto Romano può darsi validamente ipoteca anche per una obbligazione futura, e di ciò non lascia alcun dubbio la già citata L. 5, pr. D. *De pignoribus*: « Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt. » Ma in quest'ultimo caso l'ipoteca, sebbene valida, rimane in sospeso, ed acquista forza solo dal giorno in cui la obbligazione futura, che era una obbligazione in potenza, viene ridotta all'atto. L'ipoteca costituita per una obbligazione futura è regolata dagli stessi principj che hanno luogo nel caso di fideiussione, principj insegnati dal Vinnio colle seguenti brevi parole: « Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cum et principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est (1). » Anche l'ipoteca data per una obbligazione condizionale rimane sospesa sino a che si verifichi la condizione, dalla quale dipende l'obbligazione principale; ma quando la condizione si è verifi-

(1) Comment. Instit., lib. 3, tit. 21, § 3, sotto le parole: *Et præcedere.*

cata, l' ipoteca acquista forza dal giorno in cui fu costituita, e ciò perchè il debitore che ha contratto una obbligazione condizionale non è più libero di sottrarsi alle conseguenze della medesima, e se ne retrotraggono perciò gli effetti al giorno in cui fu stipulata.

I principj stabiliti da Gajo nella citata L. 11, D. *Qui pot. in pign.*, intorno alla ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione condizionale, devono pur seguirsi sotto la legislazione del Codice Napoleone, e quindi tener vuolsi per valida ed efficace una tale ipoteca dal giorno in cui fu costituita, sebbene la condizione si verifichi molto tempo dopo, e ciò perchè anche l' articolo 1179 dispone che la condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione, e l'articolo 2132 non solo dichiara valida la ipoteca convenzionale costituita a garanzia di un credito condizionale, ma abilita espressamente il creditore a domandarne la iscrizione. E come la L. 11, D. *Qui pot. in pign.*, distingue il caso di una ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione condizionale da quello di una ipoteca data a garanzia di una obbligazione dipendente dalla volontà del debitore; così anche secondo i principj del Codice Napoleone l'un caso dall' altro deve distinguersi, e aversi per efficace dal giorno della costituzione soltanto l' ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione dipendente da una condizione o casuale, o mista, o potestativa per parte del creditore, senza riguardo al tempo in cui la condizione rimane verificata. Che se si tratterà d' ipoteca costituita a garanzia di un' obbligazione subordinata ad una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato, io credo che non solo non potrà acquistar forza dal giorno in cui fu stipulata, ma neppure da quello dal quale le dà forza ed efficacia la citata L. 11, pr. D. *Qui pot. in pign.*, ossia dal giorno in cui la condizione potestativa rimase adempiuta. Imperocchè l' articolo 1174 dichiara in termini assoluti che qualunque obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato. Se è nulla l'obbligazione contratta sotto la detta condizione, nulla deve essere di necessità anche l' ipoteca, la quale segue sempre la sorte dell' obbligazione principale. Si obbietterà, che quando il debitore adempie la condizione potestativa, l' obbligazione acquista dal giorno dell' adempimento la forza che prima non aveva, e che

per conseguenza anche l'ipoteca almeno dal detto giorno deve acquistar forza ed efficacia. Risponderò che, quando il debitore adempie la condizione potestativa, non acquista già forza la prima obbligazione nullamente contratta, ma nasce allora una obbligazione che prima non esisteva, e nasce dal fatto che costituisce l'adempimento della condizione. Questa obbligazione del debitore, che nasce da un fatto nuovo posteriore alla prima obbligazione nullamente contratta, come potrà essere garantita dall'ipoteca costituita a garanzia di quella prima obbligazione, che per essere stata stipulata sotto condizione potestativa non ebbe e non potè avere esistenza legale in faccia alla legge? Quando per Gius Romano l'ipoteca era occulta, e poteva essere raccomandata al semplice consenso dei contraenti senza bisogno di scrittura, nulla ostava che l'ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione dipendente da una condizione potestativa per parte del debitore potesse acquistare efficacia dal giorno dell'adempimento della condizione, perchè il tacito consenso confermava realmente l'ipoteca che non avea potuto aver forza dal momento della sua costituzione. Ma questa tacita conferma non è più compatibile con un sistema che vuole la pubblicità, e che dà valore alle sole ipoteche convenzionali risultanti da autentico documento notarile. Perciò io non posso convenire nell'opinione di quegl'Interpreti del Diritto Francese, tra i quali è il Troplong (1), i quali sostengono che anche secondo i principj del Codice Napoleone l'ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione dipendente da una condizione potestativa per parte della persona che si obbligò, acquista forza ed efficacia dal giorno dell'adempita condizione. Forse io sarò tacciato di rigorismo, ma, quando si tratta d'ipoteche che interessano non solo ai contraenti ma ai terzi, credo che il rigorismo nella interpretazione sia una necessità, alla quale deve ubbidire il giureconsulto. Per le stesse ragioni io non credo applicabile al Sistema Ipotecario del Codice Napoleone la massima della Romana Giurisprudenza, secondo la quale era valida l'ipoteca costituita a garanzia di una obbligazione futura; e mi fa della mia opinione convinto la disposizione dell'articolo 2132, il quale sebbene ammetta come valida l'ipoteca costituita a garanzia di un credito *condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminato pel suo valore*, non fa

(1) Art. 2125, n. 474 e 480.

alcun motto delle obbligazioni future. Il Persil tien valida l'ipoteca costituita per una obbligazione futura, ma soggiunge che in questo caso l'iscrizione deve prendersi dopo che il debitore ha effettivamente contratta l'obbligazione: « A la vérité, dans ce cas, l'hypothèque n'a de force et ne peut être inscrite que du jour où l'obligation pour laquelle elle aurait été donnée, serait réellement contractée (1). » Se l'iscrizione deve prendersi dopo che la persona che costituì l'ipoteca contrasse realmente l'obbligazione, deve dunque servire di fondamento alla iscrizione un fatto posteriore al rogito onde l'ipoteca fu costituita, ossia un fatto non risultante dallo stesso rogito. Ciò non è assolutamente conciliabile col sistema della pubblicità, perchè l'iscrizione, come diremo a suo tempo, può e deve solo collegarsi col documento da cui nasce l'ipoteca. Lo stesso Persil confessa che il principio da lui ammesso incontra non poche difficoltà quando se ne fa la pratica applicazione: « Ce principe, dont l'exactitude est reconnue de tout le monde, éprouve cependant quelques difficultés dans son application; il en éprouve notamment dans l'hypothèse que nous allons rapporter (2). » Non sarà fuor di luogo esaminare il caso che il Persil cita ad esempio delle difficoltà a cui dà luogo l'applicazione pratica del principio da lui ammesso, secondo il quale si può validamente con ipoteca garantire una obbligazione futura.

Il banchiere A, dice il Persil, apre un credito sino ad una somma determinata a favore del suo corrispondente B sotto la garanzia di un'ipoteca stipulata nei legali modi, che viene dallo stesso banchiere immediatamente inscritta prima di aver data alcuna somma all'ipotecante. Coll'andare del tempo succede il fallimento di B, e i suoi creditori contrastano al banchiere A il preteso grado ipotecario, opponendo che la inscrizione, essendo stata accesa prima che B avesse ricevuta alcuna somma da A, ossia prima che B fosse divenuto in realtà debitore di A, non può aver grado dal giorno della sua data, ma solamente da quello in cui B ricevendo i denari da A divenne suo debitore. Il Persil in questo caso dà ragione al banchiere A, e dice che la iscrizione di lui deve avere tutto il suo effetto dal dì in cui fu accesa, e per non urtare contro il principio da lui ammesso, che la ipoteca stipu-

(1) Art. 2114, n. 2.
(2) Art. 2114, n. 3.

lata anteriormente alla obbligazione acquista forza dal giorno in cui nasce la obbligazione e che solo da questo giorno può essere iscritta, sostiene che la obbligazione del corrispondente B nacque realmente ed ebbe vita il giorno stesso in cui gli fu aperto il credito dal banchiere. Ecco come ragiona il Persil: « Il y a, dès le jour même de la convention, une obligation de la part du correspondant, conditionnelle si l'on veut, mais qui n'en est pas moins une obligation à laquelle l'hypothèque peut se rattacher, de restituer les sommes qu'il prendra dans la caisse, et de payer les indemnités d'usage pour la mise perpétuelle des fonds à sa disposition. Cette double obligation résulte de la convention des parties et de la tradition fictive que le banquier est censé faire à son correspondant, des fonds que celui-ci est également censé avoir déposés, dès le jour même, dans la caisse de son banquier, pour s'en servir à sa volonté et suivant ses besoins (1). » Io non posso essere dell' opinione del Persil, a cui sta contro ciò che dice Gajo nella L. 11, pr. D. *Qui pot. in pign.*, di cui abbiamo discorso. E l' insegnamento di Gajo è pur confermato da Paolo nella L. 4, D. *Quæ res pignori*, le cui parole sono la più bella e vittoriosa risposta che si possa fare al Persil: « Titius (ecco il corrispondente supposto dal Persil), cum mutuam pecuniam accipere vellet a Mævio (ecco il banchiere), cavit ei, et quasdam res hypothecæ nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quæsitum est, an et prius res venditæ creditori tenerentur? Respondit, *cum in potestate fuerit debitoris*, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempôre pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est: et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratæ pecuniæ tempore habuerit. » Questa Legge potrebbe essere più chiara e decisiva? Spero che i Giovani, pei quali è fatto questo libro, si persuaderanno ch' io male non m' apposi quando scrissi nella breve Dedicatoria, che *lo studio del moderno Sistema Ipotecario non può e non deve in alcuna maniera scompagnarsi da quello delle Romane Leggi*. Appoggiato alle citate Leggi del Codice immortale non dubito di chiamare erronea la opinione del Persil. E infatti la ipoteca nel caso contemplato dal Persil è data a garanzia di un mutuo di denaro da farsi dal banchiere al corrispondente. Ora nel mutuo quando nasce la obbligazione nel

(1) Art. 2114, n. 3.

mutuatario? Quando a lui fu dal mutuante consegnato il denaro, perchè *mutuum non potest esse* (come dice Paolo nella L. 2, § 3, D. *Deb. cred.*) *nisi proficiscatur pecunia.* Anche secondo l'articolo 1892 del Codice Napoleone il mutuo, sebbene non sia chiamato col nome che gli danno le Leggi Romane di contratto *reale,* è un contratto per cui uno de' contraenti consegna all'altro cose che si consumano coll'uso. Io non so a qual perno possa il Persil attaccare la obbligazione del corrispondente prima che questi abbia ricevuto dal banchiere le somme per le quali gli fu aperto credito. Il dire che dal giorno che il banchiere apre il credito al corrispondente, questi rimane vincolato dalla obbligazione di restituire le somme che saranno di mano in mano levate dalla cassa del banchiere, è un ingegnoso cavillo. Imperocchè prima che il corrispondente abbia ricevuto i denari, non vi è per lui alcun vincolo di obbligazione nè pura, nè condizionale, perchè « qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet (come dice Paolo nella già citata L. 30, D. *De reb. cred.*) ne accipiendo se ei obstringat. » Per sostenere questa pretesa obbligazione imagina il Persil non so qual tradizione finta, supponendo che il banchiere sin dal giorno in cui aperse il credito al corrispondente abbia già a lui consegnate le somme, e che questi le abbia di nuovo depositate nella cassa dello stesso banchiere per levarle a suo piacere a seconda dei suoi bisogni. Mi perdoni il Persil, ma questa finta tradizione è lavoro della imaginazione, che la inventa come l'unico mezzo di far nascere prima delle effettive somministrazioni di denaro la obbligazione del corrispondente, alla quale si vuole attaccare l'ipoteca. Sì certamente; può nel mutuo la tradizione finta supplire alla reale. Ma ciò ha luogo, quando il mutuante lascia in mano del mutuatario a titolo di mutuo una somma che questi per altro titolo gli doveva. Ci reca un esempio di questa tradizione finta Ulpiano nella L. 9, § 9, D. *De reb. creditis :* « Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus etiam, antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi hæc posse ajunt. Et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim cæpit possidere : ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici. » Quando il denaro che deve essere il soggetto del mutuo non si trova per qualche titolo diverso dal mutuo nelle mani del mutuatario, alla tradizione finta manca ogni

fondamento. Come dunque può il Persil ricorrere al ripiego di una finta tradizione, mentre il corrispondente non ha mai toccati i denari, dei quali il banchiere gli ha semplicemente aperto credito? Dice il Persil che la Giurisprudenza ha sanzionata la opinione da lui professata, e cita un Decreto della Corte di Cassazione. Ma il Troplong (1) trattando questo medesimo punto non si è attenuto a questa Giurisprudenza, negando efficacia all'ipoteca prima dell' effettiva consegna dei denari dati a mutuo. Pare che il Persil paragoni il caso del banchiere che apre un credito al suo corrispondente a quello del mandante che dà una ipoteca al suo mandatario a garanzia delle spese che questi dovrà sostenere nella esecuzione del mandato. A me pare che questo paragone non regga. Imperocchè nel caso del banchiere l'obbligazione del corrispondente che diede ipoteca è dipendente da una condizione potestativa per parte dello stesso corrispondente. Al contrario il mandante che dà l'ipoteca a favore del mandatario a garanzia dell' indennità, che gli potrà essere dovuta, è obbligato dal giorno del mandato a mantenere indenne lo stesso mandatario, sebbene sia incerto se e quante somme dovranno essere rimborsate, ed è perciò che la L. 12, § 7, D. *Mandati*, accorda al mandatario l'azione *contraria mandati* derivante dal contratto: « *Contrario* judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt. » Ma se io non posso convenire nell' opinione del Persil, neppure potrei ammettere quella del Troplong, il quale, sebbene pensi che l'ipoteca del banchiere che apre il credito al suo corrispondente non sia efficace dal giorno in cui fu costituita, dice però che potrà essere immediatamente iscritta da avere effetto non dalla data della iscrizione, ma dal giorno dell'effettivo sborso del denaro: « Quelques esprits rigides ont prétendu que l'inscription, étant prise avant les paiemens qui *seuls forment entre le prêteur et le débiteur le lien hypothécaire*, devait être annulée comme prématurée.... Néanmoins il faut répondre que l'inscription est valable.... D'ailleurs qui pourrait s'en plaindre? il n'y aurait que les tiers. Mais où serait leur intérêt? Car nous convenons que l'inscription ne doit prendre rang que du jour où l'obligation a été purifiée et confirmée (2). » Confessa il Troplong che non è valida l'ipoteca del banchiere, che aperse il credito al suo corrispondente, prima

(1) Art. 2125, n. 478.
(2) Art. 2125, n. 480.

dell' effettivo sborso del denaro, e poi ammette che si possa validamente iscrivere anche prima del detto sborso. Sarà dunque valida l' iscrizione di una ipoteca nulla, perchè è nulla l' ipoteca quando la obbligazione principale non esiste. Ma egli dice che l' inscrizione, sebbene accesa prima dello sborso, non sarà efficace e non darà grado che dal giorno dell' operato sborso, poichè solo da questo giorno nasce l' obbligazione, e quindi diventano efficaci e l' ipoteca e l' inscrizione. Introduce dunque il Troplong una eccezione alla regola generale stabilita dall' articolo 2134, secondo la quale le ipoteche attribuiscono prelazione dal giorno della inscrizione. Quando il Giureconsulto si allontana dai rigorosi principj della scienza è costretto a lottare contro scogli insuperabili, e per reggersi ha bisogno di aggrapparsi a mal sicure tavole che non valgono a salvarlo. Io appoggiato all' articolo 1174, secondo il quale qualunque obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato, ripudio tanto l' opinione del Persil, quanto quella del Troplong, e credo debba dirsi nulla per le ragioni più sopra dette l' inscrizione accesa dal banchiere sui beni del corrispondente, o sia questa accesa prima o dopo lo sborso dei denari effettivamente somministrati. Imperocchè se l' obbligazione del corrispondente nasce il giorno in cui gli fu somministrato il denaro, e non il giorno in cui gli fu aperto il credito, il banchiere non potrà mai giovarsi di una ipoteca che essendo stata costituita prima dell' obbligazione, di cui dovea essere l' accessorio, in faccia alla legge e ai terzi non ha mai esistito.

538. L' ipoteca è di sua natura indivisibile, e dovendoci ora occupare di questo carattere essenziale all' ipoteca, premetteremo che l' obbligazione è divisibile o indivisibile secondo che essa ha per oggetto una cosa che nella sua tradizione, o un fatto che nella esecuzione, è, o no, suscettibile di divisione materiale o intellettuale. Dico ***suscettibile di divisione materiale o intellettuale,*** perchè le parti in cui può dividersi civilmente una cosa possono essere o materiali o intellettuali, e l' obbligazione è divisibile non solo quando la cosa che ne è l' oggetto è suscettibile di parti materiali, ma altresì quando è capace soltanto di parti intellettuali. Un perito divide un fondo in due parti, l' una delle quali viene assegnata ad A e l' altra a B coeredi del comun padre. Ecco una divisione civile materiale. Muore Tizio proprieta-

rio del fondo M lasciando due eredi A e B, i quali diventano comproprietarj del detto fondo in parti eguali. Queste due porzioni del fondo M spettanti ai due coeredi A e B sono puramente intellettuali. Vi sono cose capaci di divisione materiale, p. e., un fondo. Ve ne ha di quelle che sono capaci soltanto di divisione intellettuale. Un cavallo, p. e., non può essere diviso in parti materiali senza essere distrutto; ma può essere capace di divisione intellettuale, e ciò avviene se il proprietario del cavallo muore lasciando due coeredi, ciascuno dei quali diviene proprietario della metà indivisa. Perchè l'obbligazione sia divisibile basta che la cosa che ne è l'oggetto sia suscettibile di divisione intellettuale, ossia di parti indivise. Le cose civilmente indivisibili sono quelle che sono incapaci tanto di parti materiali e divise, quanto di parti intellettuali e indivise, p. e. le servitù prediali, e queste cose indivisibili rendono indivisibile l'obbligazione di cui sono l'oggetto (1).

Se la obbligazione è divisibile, la divisibilità si riferisce e si applica agli eredi del debitore e del creditore. Agli eredi del debitore, i quali sono tenuti, come dichiara la L. 2, C. *De hered. action.*, al pagamento dei debiti del defunto entro i limiti della rispettiva quota ereditaria: « *Pro hereditariis partibus* heredes onera hereditaria agnoscere etiam in Fisci rationibus placuit. » Agli eredi del creditore, i quali non possono ripetere il debito, come risulta dalla L. 1, § 36, D. *Depositi,* che per le porzioni loro spettanti: « Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex heredibus ejus, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est? Promenda pecunia est, vel coram Prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda *pro parte hereditaria.* » Il debito divisibile si può dunque pagare per parti; e se è morto il debitore, ciascuno degli eredi ottiene la liberazione pagando la propria quota, come chiaramente risulta dalla L. 25, D. *De solut.;* e se è morto il creditore, il debitore ottiene la liberazione pagando separatamente a ciascuno degli eredi la rispettiva quota del debito. Al contrario nella obbligazione indivisibile, la quale ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di parti nè materiali, nè intellettuali, il debitore e ciascuno dei suoi eredi sono sempre tenuti all'intero sia in faccia al creditore, sia in faccia a ciascuno

(1) Pothier, Des obligat., n. 289.

degli eredi del medesimo, giusta il principio stabilito dalla L. 192, D. *De div. reg. Jur.*: « Ea, quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur. » Del qual principio fa Pomponio l'applicazione nella L. 17, D. *De servit.*, dove contempla il caso di una promessa e stipulazione di una servitù prediale, che è cosa di sua natura indivisibile: « Viæ, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest; quia usus eorum indivisus est; et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, *singuli solidam viam petunt*, et si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, *a singulis heredibus solida petitio est.* » Se però nel caso d'inadempimento della obbligazione indivisibile, l'azione spettante al creditore venisse a risolversi nel diritto all'emenda dei danni ed interessi, in questo caso cessando l'indivisibilità della cosa dovuta, che rendeva indivisibile l'obbligazione, tornano in campo i principj generali che regolano gli effetti delle obbligazioni divisibili, e quindi gli eredi del debitore sarebbero tenuti *pro quota*, e parimenti gli eredi del creditore *pro quota* e non in solido avrebbero diritto all'emenda. Anche questa verità è confermata dalla L. 25, § 9, D. *Fam. erciscundæ*: « An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur: veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per Legem duodecim Tabularum non dividitur, quia nec potest? Sed verius est, non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem: *et, si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.* » Un altro effetto importantissimo delle obbligazioni indivisibili si è che coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, sono tenuti ciascuno per la totalità del debito, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta solidariamente. Non è perciò applicabile alle obbligazioni indivisibili il principio stabilito da Papiniano nella L. 11, § 2, D. *De duob. reis constituend.*, secondo il quale due o più persone, che assumono una obbligazione senza il vincolo della solidarietà, rimangono obbligate ciascuna per la quota virile e non per l'intero.

Accennati brevemente i principj generali che regolano gli effetti delle obbligazioni divisibili e indivisibili, senza fermarci sulle diverse modificazioni a cui i detti principj generali vanno soggetti nella loro applicazione, diremo colla stessa brevità della in-

divisibilità della ipoteca e degli effetti che dalla medesima ne derivano. Per Diritto Romano l' ipoteca è di sua natura indivisibile, e in ciò il diritto d' ipoteca non è diverso dalla servitù prediale, la quale, come dice la L. 13, § 1, D. *De servit. præd. rust.*, si diffonde per modo su tutto il fondo serviente, che qualunque gleba ne rimane gravata — quæ *ita diffusa est, ut omnes glebæ serviant.* — Parimenti l' ipoteca costituita a garanzia di un credito su uno o più fondi si diffonde in modo sui fondi ipotecati che ciascuna gleba di ciascun fondo rimane vincolata per l' intero credito. Importantissime sono le conseguenze che dalla indivisibilità dell' ipoteca nascono a favore del creditore. E primieramente, se muore il debitore lasciando più eredi, il creditore che è tenuto a dividere la sua azione personale e a far tanti giudizj quante sono le persone degli eredi per ripetere da ciascuno la rispettiva quota del debito, non è obbligato a dividere l' azione ipotecaria, ed agisce con questa per la soddisfazione dell' intero credito contro il coerede possessore della cosa ipotecata senza alcun riguardo alla quota ereditaria spettante o per legge o per volontà del testatore allo stesso coerede. Questo diritto del creditore ipotecario è chiaramente stabilito nella L. 2, C. *De ered. actionibus.* Questa Legge pone il principio : « Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in Fisci rationibus placuit. » — Indi soggiugne in via di eccezione : —*nisi intercedat pignus, vel hypotheca, tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est.* — Nè il coerede molestato con azione ipotecaria potrebbe schermirsi dalle conseguenze della stessa azione, offerendo al creditore la quota del debito a cui è personalmente tenuto nella sua qualità di erede. Imperocchè il creditore esercita l' azione ipotecaria contro l' erede non come erede, ma come possessore della cosa ipotecata, e perciò la L. 16, C. *De distrac. pign.*, accorda allo stesso creditore il diritto di domandare la vendita del fondo ipotecato, non ostante l' offerta fatta dal coerede possessore di pagare la propria quota del debito : « Unus ex multis debitoris, qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo, res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit. » Non basta che il coerede paghi la sua quota del debito; ma se vuole impedire gli effetti dell' azione ipotecaria, deve pagare l' intera somma dovuta al creditore, perchè questi altrimenti può valersi del diritto accordatogli dalla L. 8, § 2, D. *De pigno-*

rat. act., quello cioè di far vendere il fondo ipotecato: « Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen *tota res* pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. »

Ma non è questo il solo effetto derivante dalla indivisibilità della ipoteca. Nel caso di più fondi specialmente ipotecati per lo stesso credito, o di ipoteca generale estesa sopra tutti i beni immobili del debitore, il creditore non ha mestieri di esercitare e di dividere la sua azione sopra tutti i fondi vincolati, ma può domandare a sua scelta la vendita per la soddisfazione dell'intero suo credito di uno solo dei fondi gravati secondo che crede tornar meglio al suo interesse. Questa scelta lasciata al creditore ipotecario dalla L. 8, D. *De distrac. pign.*, è uno degli importantissimi effetti della indivisibilità dell'ipoteca: « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quem velit distractis, ad suum commodum pervenire. » E questo diritto di scelta competente al creditore ipotecario si esercita da lui non solo in faccia al debitore che si trova in possesso dei fondi ipotecati, ma altresì in concorso dei terzi possessori. Se un debitore ipotecò più fondi a garanzia di un suo creditore, alienati poscia o tutti o parte a diversi compratori, il creditore non è tenuto ad agire ipotecariamente contro tutti i possessori e a dividere la sua azione ipotecaria in proporzione del valore dei fondi rispettivamente posseduti dai terzi possessori; ma in grazia della indivisibilità della ipoteca ha tutto il diritto di agire per l'intero suo credito contro quello tra i possessori che più gli talenta, quand'anche il possessore molestato ipotecariamente non possegga che una porzione piccolissima dei beni ipotecati (1). Questo diritto pieno ed assoluto del creditore ipotecario in faccia ai terzi possessori dei fondi ipotecati risulta chiaramente dalla L. 2, C. *Si unus ex plur. hered.*, la quale, sebbene parli degli eredi del debitore, è però applicabile a qualunque terzo possessore, appunto perchè contempla gli eredi non in quanto sono obbligati personalmente, ma in quanto sono possessori degli immobili ipotecati e come tali citati coll'azione reale ipotecaria: « Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident,

(1) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 4.

tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel ei, quod detinent, cedant. » A questa regola però fa eccezione (1) la L. 1, C. *Comm.*, *de legat.* in fine, riguardo ai legatarj, i quali non possono esercitare l'ipoteca legale che loro accorda la legge contro ciascuno degli eredi per l'intero legato, ma solamente entro i limiti a cui gli eredi sono tenuti personalmente: « In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. »

Un altro effetto della indivisibilità della ipoteca si è che i fondi ipotecati rimangono vincolati sino all'intera soddisfazione del debito, a garanzia del quale furono gravati, non ostante qualunque pagamento fatto in conto dal debitore. Per quanto si ristringa il credito del creditore ipotecario, il suo diritto d'ipoteca riman fermo nella sua integrità su tutti i fondi gravati, come dichiara la L. 19, D. *De pignoribus:* « Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi *accepto universo,* quantum debetur. » Suppongasi un debito di 100 mila franchi garantito con ipoteca sopra un vastissimo podere. Se il debitore pagati novantacinque mila franchi, sarà rimasto dovendo soli franchi cinque mila, il creditore potrà far uso del diritto accordatogli dalla L. 6, C. *De distrac. pign.*, ossia del diritto di far vendere l'intero fondo ipotecato: « Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. »

Ecco i principali effetti della indivisibilità della ipoteca, i quali si riducono a ciò, che i singoli eredi molestati con azione ipotecaria sono tenuti per l'intero; che il creditore ipotecario ha azione per l'intero suo credito contro il possessore di una parte qualunque dei beni ipotecati senza alcun riguardo al valore degli altri beni posseduti da altri terzi possessori; e finalmente che il diritto dell'ipoteca non scema e non decresce a misura dei parziali pagamenti fatti al creditore, ma riman fermo in tutta la sua pienezza, integrità ed estensione sino alla totale estinzione del credito, a garanzia del quale fu costituito. Dico *sino alla totale estinzione del credito, a garanzia del quale fu costituito,* perchè può darsi che l'ipoteca non sia costituita a garanzia dell'in-

(1) Brunnem., ad L. ult. C. Si unus ex plur. hered., n. 7.

tero credito, ma semplicemente del capitale, o degli interessi; e in questo caso il diritto reale del creditore rimane nella sua piena forza sull'intero fondo ipotecato, non già sino alla totale soddisfazione del credito, ma sì bene sino all'intero pagamento di quella parte del credito che fu garantita coll'ipoteca, come dichiara Ulpiano nella L. 11, § 3, D. *De pignorat. actione:* « Si in sortem dumtaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. » Il Codice Napoleone ha conservato all'ipoteca l'essenziale carattere della indivisibilità attribuitole dal Gius Romano, e la seconda parte dell'articolo 2114 non è che la ripetizione del vecchio adagio — *Est tota in toto, et tota in qualibet parte.* — E in armonia colla disposizione del detto articolo 2114, che proclama il principio della indivisibilità dell'ipoteca, trovasi quella dell'articolo 873, il quale dichiara che gli eredi sono tenuti ai debiti ed ai pesi ereditarj, personalmente per la loro parte e porzione virile, ed *ipotecariamente per l'intiero.*

539. E qui torna in acconcio di domandare, se gli eredi saranno ipotecariamente tenuti verso i creditori della eredità soltanto dopo che colla divisione saranno stati loro assegnati gl'immobili ipotecati, o se anche prima della divisione potranno essere molestati coll'azione ipotecaria? Il Duranton (1) distingue gli eredi puri dagli eredi benefiziati. Quanto agli eredi puri, dice che siccome anche prima della divisione sono essi i possessori dei beni ereditarj ciascuno per la rispettiva quota, così ciascuno di essi può essere ipotecariamente molestato per l'intero dal creditore. Quanto poi agli eredi benefiziati, dice che questi possono essere considerati possessori dei beni ereditarj solamente dopo la divisione, e che per conseguenza solamente dopo la divisione possono essere citati coll'azione reale dai creditori ipotecarj: « Seulement, ceux qui ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, ne confondant point le patrimoine du défunt avec le leur, on ne peut pas, à proprement parler, les regarder comme des détenteurs des biens de la succession, à l'effet de pouvoir les poursuivre hypothécairement pour le tout avant le partage. » Mi pare non si debba accogliere la distinzione del Duranton. Quando si intenta l'azione ipotecaria, null'altro ricercasi per parte del reo convenuto se non che egli possegga la cosa ipote-

(1) N. 245.

cata. È chiaro il testo della L. 16, § 3, D. *De pignor. et hypothecis:* « In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. » Ebbene, la L. 26, D. *De adquir. vel amit. pos.*, dice chiaramente che si può possedere una parte di un fondo *pro indiviso:* « Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest: et certa pars *pro indiviso.* » Ciascuno dunque dei coeredi anche prima della divisione si può giustamente considerar possessore dei fondi ereditarj, sebbene li possegga per una parte indivisa; e come tale potrà essere ipotecariamente molestato dal creditore ipotecario. Che importa che la eredità sia stata accettata col benefizio dell'inventario, o puramente? Il benefizio dell'inventario non altera i diritti di dominio o di possesso che gli eredi hanno o prima o dopo la divisione dei fondi ereditarj. Il benefizio dell'inventario non ha altro scopo che di tener distinto il patrimonio dell'erede da quello del defunto sì prima che dopo la divisione fatta fra tutti i coeredi; ma i diritti di dominio e di possesso che hanno gli eredi sugli immobili della eredità sono gli stessi, sia che la eredità sia stata accettata puramente o col benefizio dell'inventario. Se dunque l'erede puro, come giustamente opina il Duranton, anche prima della divisione è considerato possessore della porzione *pro indiviso* a lui spettante degli immobili ereditarj, e come tale può essere ipotecariamente molestato dal creditore del defunto, non so il perchè non debba essere egualmente considerato possessore della porzione *pro indiviso* degli stessi immobili l'erede beneficiato. Il Duranton per mostrare che gli eredi puri anche prima della divisione sono possessori degli immobili ereditarj, e come tali possono essere molestati ipotecariamente per l'intero dal creditore, a qual ragione si appoggia? Semplicemente a questa, cioè che altrimenti bisognerebbe supporre che i beni della eredità non fossero prima della divisione posseduti da alcuno: « Avant le partage des biens de la succession du débiteur, chacun de ses héritiers purs et simples peut, nonobstant le payement ou l'offre de payement de sa part dans la dette, être poursuivi hypothécairement pour le surplus, puisqu'il est vrai de dire que chacun d'eux est détenteur d'une part des immeubles hypothéqués; *autrement il faudrait supposer que ces immeubles ne sont détenus par personne*, *ce qui serait faux au dernier point* (1). » Ma forse i

(1) N. 245.

beni della eredità beneficiata non sono prima della divisione posseduti da alcuno? Se sarebbe falso *au dernier point* il supporre che i beni della eredità accettata puramente non sono prima della divisione posseduti da alcuno; non sarebbe men falso il supporre che non sono posseduti da alcuno prima della divisione i beni della eredità benefiziata, quasi che una eredità benefiziata prima della divisione dei coeredi sia una eredità giacente. Dirò col Brunnemanno: « Inventarium prodest, ne quis ultra vires hereditatis teneatur, non vero, ne in solidum actione reali conveniri possit (1). » Io pertanto, rigettata la distinzione del Duranton tra eredi puri e benefiziati, tengo per fermo che il creditore ipotecario possa coll'azione ipotecaria reclamare l'intero suo credito da ciascuno degli eredi del debitore, sebbene non sia ancor stata fatta la divisione delle sostanze ereditarie, o sia l'eredità stata accettata puramente, o col benefizio della legge. Quando trattasi di eredità benefiziata, i creditori ipotecarj non potranno certamente agire sino a che non sia stato nei debiti legali modi compilato l'inventario, perchè prima della regolare compilazione dell'inventario *nulla erit licentia,* come stabilisce Giustiniano nella L. 22, § 11, C. *De jure delib., neque creditoribus, neque legatariis eos* (cioè gli eredi benefiziati) *vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare.* Ma passati i termini dalla legge assegnati agli eredi benefiziati per compiere le prescritte formalità, non può non essere lecito a qualunque creditore ipotecario di agire ipotecariamente per l'intero suo credito, anche prima della divisione della eredità, contro qualunque dei coeredi benefiziati, essendo essi i veri possessori degli immobili ereditarj per la loro parte indivisa. Quando si tratta dell'azione ipotecaria da intentarsi da un creditore contro gli eredi quali possessori dei beni ipotecati, vuolsi, senza aver riguardo alla qualità di eredi puri o benefiziati, distinguere se hanno fatta o no tra loro la divisione della eredità. Nel primo caso, il creditore che vuol esercitare l'azione ipotecaria dovrà rivolgersi contro quell'erede, a cui nell'atto di divisione furono in tutto o in parte assegnati gl'immobili ipotecati. Se poi tra i diversi eredi non fu fatta la divisione, allora il creditore potrà muovere la sua azione ipotecaria e reclamare l'intero credito contro qualunque degli eredi, essendo ciascuno

(1) Ad Leg. 2, § 3, D. De pignoribus, n. 8.

di essi prima della divisione possessore di una parte *pro indiviso* degli immobili ipotecati.

540. Sebbene l'articolo 2114 dichiari essere l'ipoteca *di sua natura indivisibile*, ciò non impedisce che gli effetti di questa indivisibilità non possano essere da speciali convenzioni modificati e ristretti (1). Con una convenzione non si potrà fare che l'ipoteca non sia un diritto reale, perchè allora l'ipoteca non sarebbe più ipoteca e perderebbe il suo carattere essenziale. Ma l'indivisibilità che le è naturale potrà essere in qualche modo modificata e ristretta nelle sue conseguenze, perchè è sempre lecito alle parti, come risulta anche dalla L. 11, § 1, D. *De action. emt. et vend.*, modificare coi patti le cose naturali ai contratti. Ma l'indivisibilità dell'ipoteca non ha e non può avere alcuna influenza per cambiar l'indole dell'obbligazione principale, la quale, senza alcun riguardo alla indivisibilità della ipoteca, dalla quale è garantita, rimane o divisibile o indivisibile secondo la sua propria natura. L'accessorio non può aver forza di spogliare il principale della sua natura per rivestirlo del carattere che allo stesso accessorio conviene (2). Si deve ripetere dell'ipoteca ciò che l'articolo 2083 stabilisce intorno al pegno, il quale è dichiarato indivisibile nonostante la divisibilità di ciò che è dovuto tra gli eredi del debitore o fra quelli del creditore.

541. Il Persil, analizzata la definizione dell'ipoteca data dall'articolo 2114, fa la seguente osservazione: « On voit, par l'art. 2114, qu'il existe maintenant dans l'hypothèque trois caractères distinctifs, *la publicité, la spécialité, l'indivisibilité* (3). » A dir vero, io non veggo come possa il Persil dedurre dall'articolo 2114 i due caratteri della pubblicità e della specialità, di cui il detto articolo non fa punto menzione. D'altra parte la specialità non è punto secondo il Codice Napoleone un carattere distintivo dell'ipoteca; perchè, come vedremo, è una qualità propria delle sole ipoteche convenzionali, mentre le ipoteche legali e le giudiziali sono generali e si estendono sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore. Quanto poi alla pubblicità, questa non è un elemento costitutivo del gius reale dell'ipoteca, la quale anche senza l'inscrizione sussiste nella sua integrità. L'inscrizio-

(1) Duranton, n. 246.
(2) Duranton, n. 426.
(3) Art. 2114, n. 5.

ne, mediante la quale si ottiene la pubblicità, non è che una veste o forma destinata a dar movimento ed efficacia all'ipoteca in faccia ai terzi, contro i quali l'ipoteca non inscritta non ha alcun valore, e non può dare alcun diritto di prelazione. Le seguenti parole del Grenier danno una giusta idea della specialità e della pubblicità, le quali non sono che modi di essere dell'ipoteca, anzichè elementi che ne costituiscano l'essenza: « L'hypothèque est toujours dans notre législation actuelle ce qu'elle a été dans tous les temps; elle est toujours comme je l'ai définie, avec cette seule différence que, quand elle est spéciale, elle est resserrée sur un ou sur quelques immeubles, au lieu de couvrir toute la fortune du débiteur, comme l'hypothèque générale... L'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, mais une formalité infiniment importante, puisque, seule, elle donne à l'hypothèque son efficacité (1). » È perciò che nell'articolo 2114, nel quale si definisce l'ipoteca nella sua essenza, non si fa parola nè di specialità nè di pubblicità.

542. Finalmente l'articolo 2114 dichiara nell'ultima parte che l'ipoteca resta inerente ai beni presso chiunque passino. Questa dichiarazione del legislatore non è che la ripetizione della massima stabilita nella L. 18, § 2, D. *De pignorat. actione:* « Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat. » Forse questa dichiarazione non era assolutamente necessaria. Imperocchè il diritto di seguire la cosa in qualunque mano essa passi è una proprietà essenziale dei diritti reali. Perciò il Troplong (2) non si rimane dal notare che il legislatore poteva passarsi di una tale dichiarazione: « Aussi notre article pouvait-il se dispenser de dire explicitement une chose qui est de droit. Les définitions ne doivent contenir rien d'inutile. » Ma sebbene la detta dichiarazione non fosse assolutamente e rigorosamente necessaria, non credo però potersi di ciò fare un rimprovero al legislatore, tanto più che esso ha ammesso dei diritti reali, cioè i privilegi costituiti sui mobili (3), i quali colla alienazione della cosa rimangono spenti. Appunto perchè l'ipoteca resta inerente ai beni presso chiunque passino, l'azione che deriva dalla ipoteca, come dice la L. 18, C. *De pignor. et*

(1) Tom. 1, n. 60.
(2) Art. 2114, n. 386.
(3) Vedi Vol. I, n. 79, pag. 80.

hyp., è un' azione reale esercibile contro i terzi possessori: « Pignoris, vel hypothecæ persecutio in rem est. » Per la stessa ragione il Codice Napoleone, ad imitazione del Diritto Romano, accorda nell'articolo 2166 e successivi l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori degl' immobili ipotecati. In ciò il diritto d'ipoteca non è diverso dal gius reale dei privilegi costituiti sopra beni immobili, perchè anche questi privilegi restano inerenti ai beni presso chiunque passino. Perciò l'articolo 2166 e i successivi, che accordano l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori, contemplano tanto le ipoteche quanto i privilegi costituiti sopra i beni immobili. Non dà dunque l'ipoteca semplicemente un diritto di prelazione sui beni del debitore, ma dà diritto altresì di perseguitare la cosa in mano del terzo possessore; e così la superiorità dei creditori ipotecarj in confronto dei chirografarj non consiste solo nella prelazione attribuita ai creditori ipotecarj sul prezzo dei beni ipotecati, ma altresì nel diritto di intentare l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori dei beni alienati dal debitore; laddove la garanzia che la legge dà ai creditori chirografarj sui beni del debitore vien meno e sparisce colla alienazione per qualsiasi titolo o gratuito od oneroso fatta dallo stesso debitore proprietario (1). Questo diritto di perseguitare la cosa in mano del terzo possessore costituisce secondo il Codice Napoleone una essenziale differenza tra il pegno e l'ipoteca. Imperocchè, sebbene per Gius Romano il pegno e l'ipoteca differissero in questo che nel pegno si dava al creditore il possesso della cosa, mentre nell'ipoteca il possesso restava al debitore, l'una e l'altro però attribuivano il diritto al creditore di agire coll'azione ipotecaria chiamata *quasi Serviana* contro il terzo possessore (2). Al contrario secondo il Codice Napoleone il pegno differisce dall'ipoteca non solo perchè, giusta l'articolo 2072, del primo sono materia le cose mobili, mentre l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili; non solo perchè, giusta l'articolo 2076, il privilegio derivante dal pegno non sussiste se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato al creditore o a un terzo eletto dalle parti, laddove nell'ipoteca il debitore conserva il possesso della cosa; non solo perchè il pegno conferisce al creditore un privilegio che è un diritto diverso dall'ipoteca; ma il

(1) Persil, art. 2114, n. 9.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.

pegno e l'ipoteca differiscono inoltre, perchè il creditore pignoratario non ha e non può aver mai alcun' azione reale contro i terzi possessori della cosa datagli in pegno, e perde ogni diritto perdendo il possesso della cosa; laddove il creditore ipotecario conserva intatti i proprj diritti quand'anche il debitore ceda ad altri il dominio e il possesso dell'immobile ipotecato, ed ha quindi il diritto di intentare dopo l'alienazione l'azione reale ipotecaria contro il terzo possessore.

543. Se l'ipoteca è diversa dal pegno, che ha luogo sulle cose mobili consegnate al creditore per sicurezza del credito, è pure diversa dall'anticresi, di cui parla Marciano nella L. 11, § 1, D. *De pignor. et hypothecis:* « Si antichresis, id est, mutuus pignoris usus pro credito facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur: cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. » L'anticresi anche secondo l'articolo 2072 del Codice Napoleone non è che un pegno su una cosa immobile data al creditore, il quale però, giusta l'articolo 2085, non acquista che la facoltà di percipere i frutti sotto la condizione d'imputarli annualmente a sconto degl' interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito. Ma l' anticresi non dà verun diritto reale sull'immobile dato in godimento al creditore, il quale acquista solo il diritto di ritenzione sino alla soddisfazione del credito, come risulta dall'articolo 2087, il quale stabilisce che il debitore non può ripetere il godimento dell'immobile che ha dato in pegno fruttifero, prima che abbia soddisfatto interamente il debito. Anche il Gius Romano negava l'azione reale ipotecaria al creditore a cui era stato dato un fondo in anticresi, e dice Marciano nella citata L. 11, § 1, D. *De pignor.*, che il creditore che perdeva il possesso non avea che un' azione *in factum*: « Itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. » Ma il diritto di ritenzione spettante al creditore, a cui fu dato un fondo in anticresi, se è sempre esercibile in faccia al debitore, non lo è del pari in concorso dei terzi; perchè l'anticresi, giusta l'articolo 2091, non porta verun pregiudizio alle ragioni che potessero spettare ai terzi sopra gl' immobili dati a titolo d'anticresi, salvo al creditore munito di questo titolo il diritto di esperimentare nel grado che gli compete, e come qualunque altro creditore, i privilegi ed ipoteche legalmente stabiliti

e conservati sopra gli stessi immobili. Nell'ipoteca, mentre il creditore da una parte acquista un diritto reale esercibile contro qualunque terzo possessore, onde è preferito nella distribuzione del prezzo dell'immobile ipotecato alla massa dei creditori chirografarj e agli altri creditori ipotecarj posteriori di tempo; dall'altra il debitore conserva non solo la proprietà e il civile possesso, ma altresì il possesso materiale e il pieno godimento della cosa ipotecata sino a che il creditore ne dimandi in giudizio la forzosa espropriazione e la vendita. Ma sebbene il creditore ipotecario non acquisti nè il possesso nè il godimento dell'immobile ipotecato, il diritto reale derivante dalla ipoteca gli dà una efficacissima garanzia, perchè il vincolo che lega il fondo riman fermo indissolubilmente anche dopo l'alienazione fattane dal debitore.

544. Conformi pienamente all'articolo 2114 del Codice Napoleone sono gli articoli 2000 del Codice del Regno delle Due-Sicilie, 2165 del Codice di Parma, 2163 del Codice di Sardegna, e il § 103 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj.

Siccome le disposizioni legislative devono essere molto esatte e precise, mi piace di avvertire che, mentre i citati articoli dei Codici Napoleone, delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna dicono che l'ipoteca sussiste per intero sopra tutti gl'immobili *che si sono obbligati*, il § 103 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj dice invece che l'ipoteca sussiste per intiero sopra tutti gl'immobili *che vi sono sottoposti*. Essendo l'indivisibilità propria non solo delle ipoteche convenzionali, ma altresì delle legali e giudiciali che non derivano da convenzione, la dizione del Regolamento Pontificio — *che vi sono sottoposti* — è da preferirsi all'altra *che si sono obbligati*.

545. All'articolo 2114 del Codice Napoleone è pure conforme l'articolo 2156 del Codice di Modena concepito nei seguenti termini: « *L' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni stabili pel soddisfacimento di una obbligazione.*

È di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl'immobili che sono obbligati, sopra ciascuno, e sopra ogni parte di essi.

Essa resta inerente ai medesimi presso chiunque trapassino. »

Anche il Codice di Modena, ad imitazione del Regolamento Pontificio, colle parole *che sono obbligati* meglio esprime l' idea

generale della indivisibilità applicabile a tutte le ipoteche, tanto convenzionali, quanto legali o giudiziali.

546. Ma tutte le definizioni date dai Codici già indicati peccano, a mio parere, come dissi accenando a quella dell'articolo 2114 del Codice Napoleone (1), in ciò che non indicano il diritto di prelazione attribuito al creditore dall'ipoteca in ragione della anteriorità del tempo, a differenza dei privilegi costituiti sopra i beni immobili, che sono graduati secondo la qualità dei crediti, e non secondo l' ordine del tempo. Perciò a me par migliore la definizione data nei seguenti termini dall'articolo 56 del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche: « *L'ipoteca è un diritto reale costituito sull'immobile, o sugl'immobili del debitore, che assicura la preferenza del credito, cui è aggiunta, agli altri crediti che ne mancano, o che l' hanno posteriore di tempo.* » Questa definizione, come ognun vede, coll' ultima aggiunta distingue assai bene l'ipoteca dai privilegi costituiti sui beni immobili. Ma anche a questa definizione oserei fare una critica. È certo che l'ipoteca può essere costituita da un terzo sopra i beni proprj a garanzia di una obbligazione altrui. Di ciò non lascia alcun dubbio la L. 5, § 2, D. *De pignor et hypothecis:* « Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena. » Anche l'articolo 2077 del Codice Napoleone dice che il pegno può essere dato da un terzo per il debitore. Il dire dunque, come fa il citato articolo 56 del Motuproprio Toscano, che l'ipoteca è *un diritto reale costituito sull'immobile, o sugl'immobili del debitore,* esprime un concetto non abbastanza esatto, potendo l'ipoteca essere costituita sull' immobile o sugl'immobili di una persona diversa dal debitore. In questa parte preferisco la definizione dell' articolo 2114 del Codice Napoleone, che in termini generali chiama l'ipoteca *un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione.* Anche il lodato Motuproprio Toscano, ad imitazione dell' articolo 2114 del Codice Napoleone, dichiara nell'articolo 59 che l'ipoteca è di natura sua indivisibile, e sussiste sull' intero corpo dei beni obbligati, sopra ciascuno, e sopra ogni parte dei medesimi; che è inerente ai beni; e che gli seguita in tutti i loro passaggi.

547. Io ho criticata la definizione dell' ipoteca data dall'ar-

(1) N. 535.

ticolo 2114 del Codice Napoleone, e neppure ho risparmiata la critica a quella dell'articolo 56 della Legge Toscana, sebbene io tenga quest'ultima per migliore della prima. Alcuno mi domanderà: come vuoi dunque che si definisca l'ipoteca? A me pare che dall'unione dei buoni elementi che si trovano nelle due citate definizioni risulterebbe una eccellente definizione nei seguenti termini: « *L' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione, che assicura la preferenza del credito, cui è aggiunta, agli altri crediti che ne mancano, o che l' hanno posteriore di tempo.* » Ecco come io cogli elementi composti delle citate due definizioni del Codice Napoleone e della Legge Toscana definirei l'ipoteca, senza aggiungere una parola del mio. E siccome la inscrizione, sebbene non sia un elemento costitutivo dell' ipoteca, ma una semplice forma destinata a darle movimento ed efficacia, è però quella che determina il grado di preferenza da assegnarsi al creditore ipotecario; così io credo che coll' introdurre questo nuovo elemento nella definizione si potrebbe l'ipoteca con più esattezza definire nei seguenti termini: « *L' ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di un' obbligazione, che assicura dalla data della inscrizione la preferenza del credito, cui è aggiunta, agli altri crediti che ne mancano, o che l' hanno posteriore di tempo.* »

548. Se la indivisibilità della ipoteca è vantaggiosa al creditore ipotecario, può anche qualche volta essere un' arme in sua mano per valersene in danno di un altro creditore del comun debitore. Valga il seguente esempio. Si apre un giudizio di espropriazione o di purgazione sul fondo A. Se Tizio, che ha ipoteca su questo fondo ed anche su un altro fondo B, comparisce nel giudizio e dimanda grado, è certo di essere interamente soddisfatto, essendo la inscrizione della sua ipoteca anteriore a qualunque altra; ma allora rimane escluso Cajo, che ha sullo stesso fondo ipoteca posteriormente inscritta. Che se Tizio per favorir Cajo o rinunzia alla sua ipoteca, o s' astiene dal comparire nel giudizio, allora Cajo viene graduato in primo grado ed è pagato per intero. In questo secondo caso Tizio, che ha concentrato il suo diritto d'ipoteca sull' altro fondo B, ottiene col prezzo di questo fondo B una piena soddisfazione, come l' avrebbe ottenuta sul fondo A, ma l'ottiene a scapito di Sempronio, il quale sullo

stesso fondo B ha ipoteca posteriore di tempo a quella di Tizio. Suppongasi ora che l'ipoteca di Sempronio gravitante sul fondo B sia anteriore a quella spettante a Cajo sul fondo A. Cajo, la cui inscrizione abbiamo supposto essere di data posteriore a quella di Sempronio, sarebbe pagato per intero sul prezzo del fondo A, e Sempronio invece non otterrebbe la dovuta soddisfazione sul prezzo del fondo B. E da chi dipenderebbe questo risultato? Da un accordo fatto da Tizio e Cajo in danno di Sempronio. Per impedire un simile inconveniente, il Progetto Vatimesnil nel suo articolo 2106, approvato dall' Assemblea legislativa nella seduta del 17 dicembre 1850 (1), corrispondente all'articolo 2114 del Codice Napoleone, dopo la dichiarazione che l'ipoteca è di sua natura indivisibile aggiungeva ciò che segue: « Le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles ne peut, à peine de dommages-intérêts, soit renoncer à son hypothèque sur un de ces immeubles postérieurement à la saisie immobilière par lui pratiquée, ou à la sommation à lui faite de prendre communication du cahier des charges, soit s'abstenir volontairement de produire à l'ordre ouvert sur le prix de l'un desdits immeubles, si cette renonciation ou cette abstention ont pour but et pour résultat de favoriser un créancier au détriment d'un autre créancier plus anciennement inscrit. » Io credo che questa aggiunta fatta all'articolo 2114 del Codice Napoleone dal Progetto Vatimesnil non fosse nè utile nè giusta. Non utile, perchè in pratica sarebbe assai difficil cosa al creditore che si crede leso il provare che la rinunzia o l'astenersi dal giudizio di graduazione per parte del creditore avente ipoteca su più fondi ebbe per iscopo di favorire un altro creditore. Non giusta, perchè non offende alcuno chi usa dei proprj diritti, giusta il principio solennemente proclamato dalla L. 55, D. *De div. reg. Juris:* « Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. »

549. Il detto articolo 2106 del Progetto Vatimesnil, approvato dall'Assemblea, conteneva un' ulteriore aggiunta concepita nei seguenti termini: « Le créancier hypothécaire qui aura été primé dans un ordre par un créancier ayant une hypothèque sur plusieurs immeubles, sera de plein droit subrogé à cette hypothèque, mais seulement à la date de l'inscription par lui prise pour

(1) Moniteur, 18 décemb., 1850, n. 352.

la garantie de sa créance, et jusqu'à concurrence d'une somme qui ne pourra dépasser le montant de la créance de celui à l'hypothèque du quel il est subrogé. » Con questa aggiunta il Progetto Vatimesnil incarnava una riforma proposta dal Troplong nella sua dotta Prefazione premessa al Trattato *Des privilèges et hypothèques*. Io riporterò le parole dello stesso Troplong, le quali serviranno di commento e di spiegazione alla detta disposizione del Progetto Vatimesnil: « On se plaint des difficultés que présente le concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales. Il faut convenir cependant que la jurisprudence pratique a trouvé moyen de concilier assez heureusement l'indivisibilité de l'hypothèque générale avec les droits que les hypothèques spéciales doivent conserver les unes à l'égard des autres, en raison de leur ordre chronologique. Mais il arrive souvent que les créanciers, étrangers aux secrets de la science du Droit, négligent, par ignorance, de prendre les précautions ingénieuses qui sont nécessaires pour qu'ils soient subrogés à l'hypothèque générale qui les prime et qui vient s'appesantir sur eux. Le paiement avec subrogation, qui est le pivot de cette substitution du créancier qui n'a qu'une hypothèque spéciale, au créancier à hypothèque générale qui vient absolver son gage, ne se présente pas toujours à la pensée de celui qui manque des conseils des hommes de loi. Quelquefois même il peut n'avoir pas les fonds disponibles pour faire ce paiement, et alors son droit périt, et il a la douleur de se voir sacrifié, tandis qu'un autre créancier postérieur, ayant hypothèque spéciale sur un autre immeuble que par hasard l'hypothèque générale aura ménagé, sera payé intégralement, quoiqu'à l'époque à laquelle il a contracté avec le débiteur commun, il eût dû compter sur un actif moins considérable. Le législateur fera donc une chose réclamée par l'équité, s'il déclare qu'il y aura subrogation légale au profit du créancier à hypothèque spéciale, dont le gage a été absorbé par une hypothèque générale antérieure. Muni alors de ce secours, ce créancier répartira son action, de manière que les hypothèques spéciales les plus récentes soient sacrifiées aux plus anciennes. Il n'y a pas un jurisconsulte qui ne désire que l'art. 1251 du Code Civil soit augmenté de la disposition que je propose. C'est un besoin si impérieux, que les arrêts ont quelquefois cherché à le satisfaire en se mettant au-dessus de la loi. » Io non credo che la proposta del Trop-

long, adottata dal Progetto Vatimesnil, sia un' utile riforma. Una delle piaghe del Sistema Ipotecario, che rodono il credito fondiario, è certamente la ipoteca generale, contro la quale alzarono a buon dritto la voce dottissimi Giureconsulti ed Economisti. Il ferro del legislatore deve purgare il Sistema di questo fatal morbo, obbligando tutti i creditori aventi ipoteca generale a specializzare almeno al momento della inscrizione la loro ipoteca. Ma quando un creditore ha ipoteca inscritta su più fondi e fa valere il suo diritto su uno solo di questi fondi, perchè, se è primo inscritto ed ottiene il primo grado, il secondo creditore dovrà mettersi al suo posto mediante una surroga legale? Il creditore che ha ottenuto il primo grado ha fatto uso di un suo diritto derivante dalla data della sua inscrizione. Il secondo creditore non può dolersene, e non può pretendere altro posto che quello che gli dà la data della sua inscrizione. È questa la naturale condizione dei creditori ipotecarj, i quali devono essere classati e pagati secondo l'ordine di data delle respettive inscrizioni. La legge per accordare una surroga legale, la quale infine ha per iscopo di tener viva una ipoteca che sarebbe rimasta giustamente estinta, deve esser mossa da forti motivi. Si legga attentamente il passo del Troplong, e non si troverà addotta alcuna ragione grave che possa giustificare la riforma da lui proposta, non potendo il legislatore essere mosso dal dolore e dal sacrifizio del secondo creditore che si vede portar via il primo posto da chi giustamente e meritamente lo occupava. E il creditore surrogato qual uso farà dell'ottenuta surroga? Se ne varrà per ottenere il primo posto in un altro fondo, sul quale non aveva alcun diritto, e ciò in pregiudizio dei creditori aventi ipoteca su questo fondo. L' articolo 1251 del Codice Napoleone accorda in quattro casi la surroga legale, ma l'accorda a chi l' ha meritata con un fatto suo proprio, pagando con denari suoi il creditore nelle ragioni del quale fu surrogato. Nel caso proposto dal Troplong qual titolo può vantare il creditore posteriore per essere surrogato nelle ragioni dell'anteriore? Nessuno. Imperocchè il creditore anteriore viene pagato col prezzo del fondo in grazia del suo grado indipendentemente da alcun fatto del secondo creditore. Ma dice il Troplong che il secondo creditore surrogato nelle ragioni del primo dividerà la sua azione sugli altri fondi ipotecati in modo che i creditori più recenti siano sacrificati ai più antichi. Oltrechè questa divisione moltiplicherà

e renderà più difficili e complicati i giudizj di graduazione, offende altresì il principio della indivisibilità della ipoteca. Suppongasi che il creditore Tizio abbia la prima ipoteca sui tre fondi A, B e C. Perchè la legge non costringe Tizio a dividere la sua azione sui tre fondi in proporzione del valore rispettivo di ciascuno, e gli permette di esercitare il suo diritto d' ipoteca sul fondo che più gli talenta? Perchè la sua ipoteca è un diritto indivisibile. Se dunque la legge costringerà Paolo secondo creditore sul fondo C, surrogato legalmente secondo il sistema del Troplong nelle ragioni del creditore Tizio, a dividere la sua azione sugli altri fondi A e B, il principio della indivisibilità della ipoteca rimane violato. Dice ancora il Troplong che quando non si accordi la surroga legale al secondo creditore nel caso di cui si discorre, potrebbe darsi che un creditore posteriore a lui di data avente ipoteca speciale su altri beni possa venire soddisfatto, mentre all'epoca in cui egli divenne creditore non poteva fare assegnamento su un attivo sufficiente alla sua soddisfazione. Tizio, p. e., ha un'ipoteca inscritta nel 2 gennaio 1840 sui fondi A e B. Cajo ha un'inscrizione sul fondo B colla data del 3 gennaio 1841, e Sempronio ha inscrizione sul fondo A colla data del 1 gennaio 1843. Se Tizio viene pagato col prezzo del fondo B, Cajo resta escluso; e mentre resta escluso Cajo che ha un'inscrizione colla data del 1841, viene per intero pagato sul fondo A Sempronio che ha un' inscrizione colla data del 1843 e quindi posteriore a quella di Cajo. È questo il grave inconveniente che deplora il Troplong. Ma il Troplong mi accorderà che, ammesso il principio della surroga, devonsi accettare tutte le sue conseguenze. Ora, io suppongo che Tizio che ha ipoteca sui fondi A e B si faccia pagare col prezzo del fondo A. In questo caso rimarrà escluso Sempronio, e verrà pagato invece Cajo, rimanendo libero il fondo B dell' ipoteca di Tizio, e così l' inconveniente lamentato dal Troplong sparisce. Ma ammesso il principio della surroga, Sempronio sarà legalmente surrogato nelle ragioni di Tizio. Qual uso farà di questa surroga? Non ne potrà fare alcun uso, perchè il Troplong dice che il creditore surrogato ripartirà la sua azione in modo che le ipoteche speciali più recenti siano sacrificate alle più antiche. Quando Sempronio facesse uso della surroga, rimarrebbe sacrificato Cajo, che è creditore più antico di Sempronio. Mi pare che tutto il ragionamento del Troplong

poggi su un falso supposto. La condizione dei due creditori Sempronio e Cajo è perfettamente eguale, qualunque sia la data delle rispettive inscrizioni. Cajo, al pari di Sempronio, ha visto nel momento in cui divenne creditore ipotecario sul fondo B che non poteva fare assegnamento sulla sua ipoteca, perchè l'ipoteca anteriore di Tizio poteva quando che sia portargli via tutto il valore del fondo. Se dunque questo fatto si verifica, e Tizio, anzichè farsi pagare sul fondo A, esercita esclusivamente la sua ipoteca sul fondo B, Cajo che rimane escluso non può dolersene, perchè egli e dovea e poteva prevedere che la ipoteca di Tizio anteriormente inscritta poteva involargli l' intero prezzo del fondo. Cajo non ha diritto di misurare l'anteriorità della sua inscrizione in confronto di quella di Sempronio, perchè egli non ha alcuna ipoteca sul fondo A, sul quale è radicata quella di Sempronio, come Sempronio non ha alcuna ipoteca sul fondo B, sul quale è radicata quella di Cajo. La data anteriore o posteriore delle inscrizioni si calcola e si misura in confronto dei soli creditori che hanno ipoteca sullo stesso fondo. Cajo rispetto agli altri beni del debitore diversi dal fondo B non è che un creditore chirografario, e non ha quindi alcun diritto di misurare il grado ipotecario del creditore Sempronio che ha ipoteca sul fondo A diverso e distinto dal fondo B. Sempronio e Cajo fuori della cerchia dei fondi sui quali hanno rispettivamente ipoteca, sono due creditori chirografarj; e fra i creditori chirografarj la data anteriore o posteriore dei rispettivi crediti nulla rileva. Cajo quando ha formato il suo credito dovea temere l' ipoteca anteriore di Tizio, e per la stessa ragione Sempronio dovea temere la sola ipoteca di Tizio, e non altre ipoteche estranee al fondo A. Sono dunque Cajo e Sempronio in una condizione perfettamente eguale, e se o l' uno o l'altro resta vittima dell' ipoteca di Tizio, nessuno dei due può dolersene, perchè ciascuno sapeva di essere dall' ipoteca di Tizio preceduto. Io non so come abbia potuto dire il Troplong che la riforma da lui proposta è un *imperioso bisogno*, e credo anzi che la nuova surroga legale, cui egli vorrebbe vedere aggiunta alla disposizione dell'articolo 1251, darebbe in pratica pessimi resultati, e tenendo vive ipoteche, che sarebbero legalmente estinte, moltiplicherebbe le difficoltà nelle quali si trovano inevitabilmente avvolti e inviluppati i giudizj di graduazione. Per queste stesse ragioni io non posso far plauso alla surroga legale qui sopra ac-

cennata introdotta dal citato articolo 2106 del Progetto Valimesnil in favore del creditore posteriore vinto dall' anteriore.

Articolo 2115.

L' ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge.

SOMMARIO.

550. L' ipoteca è di Diritto Naturale e delle Genti, ma è regolata dalla legge civile.
551. La disposizione dell' articolo 2115 è ripetuta nei Codici del Regno delle Due Sicilie, di Parma, di Sardegna e di Modena.

550. La facoltà di dare un pegno o di costituire una ipoteca non è una concessione fatta dalla legge civile, ma viene direttamente dal Gius di Natura e delle Genti, come quella che deriva dal sacro diritto di proprietà, antico e duraturo quanto l' umana specie. Infatti, se il diritto di proprietà, che solo può essere messo in dubbio dagli stolti o dai tristi, è la libertà di disporre delle cose sue (1); se in forza di questo diritto il proprietario può vendere o donare ad altri le cose proprie in tutto o in parte; se può imporre sopra di esse servitù onerose che restringano l' esercizio del pieno dominio e ne diminuiscano il valore, perchè non potrà con eguale diritto vincolare le cose proprie a garanzia di un suo legittimo creditore? Perchè non gli sarà permesso accrescere con tal mezzo il proprio credito? A ragione la L. 72, D. *De div. reg. Jur.*, considera il diritto di dare una cosa in pegno come un frutto della cosa: « Fructus rei est vel pignori dare licere. » Ma se il diritto di dare un pegno o di costituire un' ipoteca è di Gius Naturale, il regolare il legittimo esercizio e i giuridici effetti di questo diritto spetta alla legge civile, la quale potrà anche valersi di questo diritto per sè giusto e legittimo a tutela e difesa delle persone bisognose e meritevoli di uno speciale favore e protezione, e creare così ipoteche legali a favore dei minori e delle donne e dei

(1) Boccardo, Economia, Vol. I, cap, 4.

pubblici stabilimenti. Vi è diritto più naturale e più sacro di quello della patria podestà? Eppure Giustiniano chiama (1) un tal diritto proprio dei cittadini Romani: « jus potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; » appunto perchè era regolato dalla legge civile con norme speciali adattate ai costumi, all'indole, e alle abitudini del popolo Romano: « nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. » Se vi ha diritto che debba essere regolato dalla legge civile quello si è certamente della ipoteca, i cui effetti non colpiscono tanto il debitore, quanto i terzi, ai quali la prelazione reclamata dal creditore ipotecario rende vana nel più dei casi la garanzia data dalla legge a tutti i creditori sopra i beni del debitore. Ecco il perchè l'artic. 2115 dichiara che l'ipoteca non può aver luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. Dice il Persil (2) che tutte le ipoteche sono legali, in quanto che è la sola autorità della legge che le crea, e che a certe forme le assoggetta: « Toutes les hypothèques sont légales, en ce sens que c'est la seule autorité de la loi qui les crée, et qui les assujettit à certaines formes. » Non credo vera in tutta la sua estensione questa generale proposizione, perchè le ipoteche convenzionali non sono in alcuna maniera una creazione della legge, come non sono una creazione della legge i contratti di locazione, di permuta, di compra e vendita ed altri di simil genere, sebbene questi contratti al pari dell'ipoteca sieno subordinati alle regole e forme dalla legge civile prescritte.

551. La disposizione dell'articolo 2115 del Codice Napoleone è ripetuta dagli articoli 2001 del Codice del Regno delle Due Sicilie, 2166 del Codice di Parma, e 2164 del Codice di Sardegna.

Anche il Codice di Modena nell'articolo 2157 dispone: « *L'ipoteca non ha luogo se non che ne' casi e secondo le forme stabilite dalla legge.* »

(1) Instit., lib. 1, tit. 9, § 2.
(2) Art. 2115.

Articolo 2116.

Essa è legale, o giudiziale, o convenzionale.

SOMMARIO.

552. Per Gius Romano il pegno è o convenzionale, o testamentario, o Pretorio, o giudiziale, o legale e tacito.
553. Secondo il Codice Napoleone l'ipoteca è legale, o giudiziale, o convenzionale.
554. La stessa distinzione è stata adottata dai Codici del Regno delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna, dal Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj e dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche.
555. È stata adottata altresì dal Codice di Modena.
556. Il Progetto Vatimesnil distingueva l'ipoteca in due sole specie, cioè in ipoteca legale e convenzionale.

552. Il pegno per Gius Romano si costituisce o per convenzione, o per disposizione testamentaria, o per autorità del Magistrato, o per disposizione di legge (1). Nel primo caso il pegno dicesi *convenzionale,* nel secondo *testamentario,* nel terzo *Pretorio* o *giudiziale,* nel quarto finalmente *legale* e *tacito.* Al pegno convenzionale appartengono il contratto reale di pegno che si compie colla tradizione della cosa, e il patto semplice della ipoteca, col quale il creditore acquista il diritto reale sulla cosa ipotecata senza alcuna tradizione. Al contratto reale del pegno e al patto della ipoteca accenna Ulpiano nella L. 1, pr. D. *De pignorat. act.*, colle seguenti brevi parole: « Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. » Del pegno costituito per autorità del Magistrato e di quello costituito per disposizione testamentaria parla lo stesso Ulpiano nella L. 26, pr. D. *De pignor. actione* : « Non est mirum, si ex quacumque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui : cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre sæpissime rescripsit. » La L. 12, D. *De alim. vel cib. leg.*, ci offre un bellissimo esempio di una ipoteca costituita per testamento : « Lucius Titius

(1) Mackeldey, Man. di Dir. Rom., § 324, § 327 e 328.

libertis suis cibaria et vestiaria annua certorum nummorum reliquit, et posteriore parte testamenti ita cavit: *Obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos, illum, et illum, ut ex reditu eorum alimenta suprascripta percipiant.* » Il pegno costituito per autorità del Magistrato, di cui parla la citata L. 26, D. *De pignor. act.*, in termini generali, si distingue in *Pretorio* e *giudiziale*. Il primo ha luogo quando il Pretore immette il creditore nel possesso dei beni del debitore senza che alcuna definitiva sentenza abbia avuto luogo. Il secondo, quando il Giudice fa eseguire la sentenza mediante l'oppignorazione dei beni del condannato debitore. Il Brunnemanno colle seguenti brevi parole ci mostra la differenza dell'uno e dell'altro: « Prætorium et judiciale pignus constituitur per Judicem, dum immittit creditorem vel ob contumaciam debitoris, quale pignus est *Prætorium*, vel ob rem judicatam, aut instrumentum liquidum, quale est *judiciale* pignus (1). » Un esempio finalmente d'ipoteca tacita o legale ci dà la L. 2, C. *In quib. caus. pign.*, la quale accorda senza bisogno di convenzione l'ipoteca tacita al Fisco sui beni dei suoi debitori: « Certum est ejus, qui cum Fisco contrahit, bona vel pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. »

553. Secondo il Codice Napoleone l'ipoteca è di tre sole specie, cioè o è legale, o giudiziale, o convenzionale.

554. La stessa distinzione è stata adottata dal Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 2002, dal Codice di Parma nell'articolo 2167, dal Codice di Sardegna nell'articolo 2165, dal Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj nel § 108, e dal Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* nell'articolo 57.

555. Conforme all'articolo 2116 del Codice Napoleone è pure l'articolo 2158 del Codice di Modena concepito nei seguenti termini: « *L'ipoteca è o legale o giudiziale o convenzionale.* »

556. Fra le riforme proposte dal Progetto Vatimesnil al Sistema Ipotecario del Codice Francese eravi quella dell'abolizione dell'ipoteca giudiziale, e sotto l'articolo 2123 terremo discorso dell'importantissima discussione che ebbe luogo su questo punto avanti l'Assemblea legislativa della Repubblica Francese. Perciò l'articolo 2108 del lodato Progetto, a differenza

(1) Ad Leg. 26, D. De pignorat. act., n. 2 e 3.

dell'articolo 2116 del Codice Napoleone, distingueva semplicemente l'ipoteca in legale e convenzionale: « Elle est légale ou conventionelle (1). » Il quale articolo, onde fu abolita l'ipoteca giudiziale, venne, come diremo, pienamente approvato dall'Assemblea legislativa.

Articolo 2117.

L'ipoteca legale è quella che deriva dalla legge.

L'ipoteca giudiziale è quella che procede dalle sentenze o dagli atti giudiziali.

L'ipoteca convenzionale è quella che dipende dalle convenzioni e dalla forma estrinseca degli atti e dei contratti.

SOMMARIO.

557. Confronto tra l'ipoteca tacita romana e l'ipoteca legale del Codice Napoleone.
558. Se la ipoteca legale sia una ingiusta concessione del legislatore.
559. Pegno pretorio romano.
560. Pegno giudiziale romano.
561. Differenza fra il pegno o ipoteca giudiziale romana e l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone.
562. Ipoteca convenzionale romana.
563. Elementi costitutivi dell'ipoteca convenzionale secondo i principj del Codice Napoleone.
564. La disposizione dell'articolo 2117 del Codice Napoleone è ripetuta dai Codici del Regno delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna, ed anche dal Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche*; ma secondo quest'ultimo l'ipoteca giudiziale deriva unicamente dalla sentenza che condanna al pagamento.

557. L'ipoteca tacita romana era propriamente l'ipoteca legale derivante dalla legge indipendentemente dalla volontà del debitore o dall'autorità del Magistrato. Ma il Gius Romano chiamava anche tacita quella che derivava da una tacita convenzione. Ne fa prova la L. 7, D. *In quib. caus. pign. vel hyp.*, la quale dice che i frutti del fondo affittato s'intendono tacitamente

(1) Moniteur, 18 décemb. 1850, n. 352.

ipotecati a favore del locatore: « In prædiis rusticis, fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit. » Il perchè molti Interpreti distinguono l'ipoteca legale dalla tacita (1). Anche questa ipoteca tacita però, che avea luogo negli affitti dei fondi rustici rispetto ai frutti del fondo, e nelle locazioni delle case rispetto ai mobili dell'inquilino introdotti nella casa, era, propriamente parlando, una ipoteca legale, perchè derivava dalla legge, la quale suppliva al difetto d'ogni convenzione interpretando la mente dei contraenti. Infatti la L. 4, D. pr. *In quib. caus. pign.*, la quale accenna all'ipoteca competente al locatore di una casa sui mobili dell'inquilino, dice che i detti mobili devono aversi per ipotecati *quasi id tacite convenerit*. Possiamo dunque ritenere che l'ipoteca tacita romana è quella propriamente che deriva dalla legge, ossia l'ipoteca legale. Il Codice Napoleone non chiama *tacita*, ma *legale*, l'ipoteca che deriva direttamente dalla legge indipendentemente da qualsiasi convenzione, e però all'ipoteca legale del Codice Napoleone possono applicarsi i principj che trovansi registrati nel titolo delle Pandette e del Codice Giustinianeo: *In quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahitur*. Derivando l'ipoteca legale dalla legge, non è diversa, quanto alla sua origine, dai privilegi, perchè anche questi sono creati direttamente dalla legge indipendentemente da qualsiasi convenzione. Perciò i privilegi costituiti sugli immobili del Codice Napoleone si risolvono in una ipoteca legale privilegiata non diversa dalla ipoteca privilegiata romana. Ed è per questa ragione che ai crediti privilegiati non inscritti entro il termine fissato dalla legge conserva l'articolo 2113 la qualità e l'essere di crediti ipotecarj da graduarsi al pari delle altre ipoteche dal giorno dell'inscrizione (2).

558. È egli giusto che la legge accordi in alcuni casi delle ipoteche legali indipendentemente da ogni convenzione? Quando le ipoteche convenzionali fossero ingiuste, quando i privati non potessero per patto stipulare quel diritto di prelazione che è lo scopo della ipoteca, e non avessero libertà e potere di sottrarsi alla regola generale del contributo, onde hassi a dividere tra i

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, sotto le parole: *Qua creditores pignora*. Voet, lib. 20, tit. 2, n. 1.

(2) Persil, art. 2113, n. 1.

creditori il prezzo dei beni del comun debitore, in questa supposizione non esito a dire che la concessione delle ipoteche legali dovrebbe riguardarsi come una manifesta ingiustizia, come una violazione di quel diritto di eguaglianza che deve regolare la distribuzione del prezzo delle sostanze del comun debitore fra i suoi legittimi creditori. Ma posto che la ipoteca convenzionale è lecita e giusta, come si disse più sopra, anche secondo i principj del Diritto Naturale, come quella che è un modo di esercizio del sacro diritto di proprietà, nessuna ragione vi può essere per negare al legislatore il diritto di accordar quello che può legittimamente concedere un debitore, nessuna ragione vi può essere per negare al legislatore il diritto di supplire al difetto di una espressa convenzione per proteggere ed assicurare diritti meritevoli di protezione e difesa. Il Decourdemanche, i cui progetti da sostituire al Sistema Ipotecario il Troplong nella sua Prefazione al Trattato sulle Ipoteche chiama *impraticables rêveries,* è logico col farsi a proporre l'abolizione assoluta di qualunque ipoteca, condannando un tale diritto come opposto ai principj della giustizia e contrario al credito e alla produzione. Ma una volta ammesso che al proprietario deve lasciarsi dalla legge la libera facoltà di creare delle ipoteche convenzionali, facoltà naturalmente derivante, come si disse, dal diritto di proprietà, una volta ammesso che un creditore può lecitamente e giustamente col mezzo di una legittima convenzione stipulata col debitore acquistare un titolo di prelazione sul prezzo dei beni del medesimo, e sottrarsi per tal modo alla regola generale del contributo, non veggo come si possa accusare il legislatore d'ingiustizia, se accorda ipoteche legali che suppliscano al difetto di convenzione per proteggere persone meritevoli di favore e difesa. Tengo però d'altra parte che la ipoteca legale non sia dal legislatore giustamente concessa, se non è assoggettata alla formalità della inscrizione a cui sono subordinate le ipoteche convenzionali, e di ciò dirò a suo luogo. E appunto perchè io credo non solo equa, ma giusta la protezione accordata in certi casi dal legislatore col rimedio dell'ipoteca legale, mi sono ardito di esporre nel secondo volume (1) una mia idea di radicale riforma dei privilegi costituiti sugli immobili, che sono, a parer

(1) N. 530, pag. 424.

mio, concessioni esorbitanti, proponendo che sieno convertiti in semplici ipoteche legali da graduarsi dalla data dell' inscrizione. Tengasi dunque che l' ipoteca legale deriva interamente dalla legge senza alcun concorso della volontà dei privati, e sotto l' articolo 2121 diremo dei crediti e diritti a cui una tale ipoteca è dalla legge concessa.

559. Per Gius Romano, come più sopra si è accennato, il pegno pretorio era diverso dal giudiziale. Il pegno pretorio veniva costituito per l' immissione del creditore nei beni del debitore ordinata dal Pretore. Questa immissione era accordata dal Pretore o *damni infecti causa,* per garantire dal danno che potrebbe cagionare la rovina della casa vicina; o *legatorum servandorum causa,* per garanzia d' un legato sotto condizione o a termine; o *ventris nomine,* per assicurare i diritti del figlio postumo; o *rei servandæ causa*, quando il reo convenuto non compariva nel tempo fissato per la contestazione della lite (1). Questi titoli, pei quali il Pretore accordava l' immissione nei beni del debitore, vengono con brevi parole indicati da Ulpiano nella L. 1, D. *Quib. ex caus. in posses. eatur:* « Tres fere causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: *rei servandæ causa,* item *legatorum servandorum gratia* et *ventris nomine; damni* enim *infecti nomine,* si non caveatur, non in universorum nomine fit missio; sed rei tantum, de qua damnum timetur. » Questa immissione accordata dal Pretore produceva *ipso jure* un gius di pegno, e ne fa fede la L. 4, C. *Ut in poss. legatorum:* « Qui legati, sive fideicommissi servandi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed jus pignoris. » A costituire questo pegno pretorio però non bastava il Decreto del Pretore che accordava l' immissione nei beni del debitore, ma era necessario che una tale immissione, come risulta dalla L. 26, § 1, D. *De pignor. act.,* avesse il suo effetto: « Sciendum est, ubi jussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. » Ma appena una tale immissione ordinata dal Pretore aveva avuto luogo, il creditore esercitava tutti i diritti di un creditore ipotecario. Di ciò non lascia alcun dubbio la L. 3, C. *Ut in possessionem legatorum:* « Si, postquam servandi legati, seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio, aut venditio ab herede intervenerit;

(1) Mackeldey, Man. di Dir. Rom., § 327.

præcedere causam tuam, quam jure prætorio veluti pignus habuisti, manifestum est. » Questo pegno pretorio dava gli stessi diritti del pegno convenzionale, e perciò Giustiniano, togliendo un dubbio che regnava nell' antica giurisprudenza, accordò colla L. 2, C. *De Præt. pign.*, anche al creditore che avea ottenuto il pegno pretorio l' azione reale ipotecaria per ricuperare le cose di cui avea perduto il possesso: « Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus, vel hypothecis, non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiamsi ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu; humanius esse perspeximus, et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. »

560. Il pegno giudiziale romano nasceva dalla oppignorazione dei beni del debitore condannato fatta per ordine del Magistrato dai legittimi esecutori nel giudizio di esecuzione di una sentenza passata in cosa giudicata (1). Di questo pegno giudiziale, distinto dal pretorio, parla la L. 1, C. *Si in causa jud.*, la quale dà anche la ragione sulla quale è fondato: « Res ob causam judicati datas ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. Nam in vicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. » Siccome in giudizio ha luogo un quasi contratto, così da questo la citata Legge trae la ragione del pegno giudiziale, che viene in certo modo sostituito al pegno convenzionale (2). Questo pegno giudiziale è diverso dal pretorio in quanto che il pretorio ha luogo prima di qualunque sentenza di condanna; laddove il giudiziale viene costituito dopo la sentenza di condanna ed anzi in esecuzione della medesima. Ma l' uno e l' altro questo hanno di comune, che come il pegno pretorio non può aver vita prima della reale immissione nei beni del debitore, così il giudiziale nasce dopo che fu eseguita l' oppignorazione. Anche questo pegno giudiziale, ugualmente che il pretorio, dà al creditore tutti i diritti che nascono dal gius reale di pegno, e mi piace di riportare il caso contemplato nella L. 2, C. *Qui potior.*, la quale nel conflitto tra due creditori ipotecarj, l' uno avente il pegno pretorio, l' altro il giudiziale, accorda la preferenza al più an-

(1) Pothier, Pand., lib. 20, tit. 1, n. 2.
(2) Brunnem. ad L. 1, C. Si in causa judicati.

tico, giusta la regola generale colla quale si misura il grado tra i creditori ipotecarj: « Si decreto Prætoris (ecco il pegno pretorio), qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam judicati (ecco il pegno giudiziale) ejusdem fundi pignus occupaverit; jussu ejus, qui jure sententiam exequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore. » E parlando il Vinnio dell' azione reale ipotecaria o quasi Serviana, avverte che questa nasce da qualsiasi pegno, e quindi anche dal pretorio e dal giudiziale: « Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali..., item de pignore *prætorio et judiciali* (1). E ciò perchè sì il pegno pretorio come il giudiziale danno tutti i diritti che nascono dal gius reale di pegno.

561. Molto diversa dall' antico pegno pretorio e dal pegno giudiziale, di cui abbiamo fatto parola, è la ipoteca giudiziale del Codice Napoleone. Imperocchè, come già si è avvertito, nè il pegno pretorio romano, nè il giudiziale, nascevano dal semplice Decreto del Pretore o del Magistrato, che accordava l'immissione nei beni del debitore o ordinava l'oppignorazione; ma era indispensabile la reale ed effettiva immissione od oppignorazione. Al contrario l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone deriva *ipso jure* dalle sentenze o dagli atti giudiziali, di modo che le sentenze o gli atti giudiziali, da cui la legge fa nascere l'ipoteca giudiziale, sono l'unica causa che a tale ipoteca dà essere e vita. Questa differenza tra l'ipoteca giudiziale romana e l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone è notevolissima, e forse non abbastanza avvertita da molti; e sebbene tra l'ipoteca giudiziale romana e quella del Codice Napoleone vi sia molta analogia, in quanto che l'una e l'altra mirano ad assicurare l'esecuzione di una sentenza, è però certo che dalle sentenze romane non nasceva l'ipoteca giudiziale, la quale derivava dal fatto materiale della oppignorazione eseguita per ordine del Magistrato posteriormente alla sentenza già passata in cosa giudicata (2).

562. Finalmente quanto all' ipoteca convenzionale, il Gius Romano distingueva il contratto del pegno dal patto della ipoteca.

(1) Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, sotto le parole: *Qua creditores.*
(2) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 28.

Il pegno era un contratto reale che si perfezionava colla tradizione della cosa (1). La convenzione, onde si vincolava una cosa senza farne la consegna al creditore, non era un contratto nè nominato, nè innominato, ma un semplice patto, del quale fa cenno la L. 4, D. *De pignor. et hyp.*, colle seguenti parole: « Contrahitur hypotheca per *pactum conventum*, cum quis paciscatur, ut *res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.* » E questo patto della ipoteca avrebbe dovuto soggiacere alla sorte riserbata dal Diritto Civile Romano ai nudi patti, ai quali era negata l'azione civile, se l'equità pretoria non lo avesse coperto dell'egida della sua protezione, accordandogli per un singolar favore l'azione non concessa dal Diritto Civile ai nudi patti. Acquistò perciò il patto della ipoteca, come dice il Brunnemanno (2), il carattere di patto *legittimo* in vista appunto dell'azione concessagli dal Gius pretorio: « Per pactum *legitimum* Prætorium hypothecæ singulari jure jus in re, scilicet hypotheca constituitur, licet ipsa res penes debitorem maneat. » E al patto dell'ipoteca a cui il Gius pretorio attribuì l'azione civile, allude Paolo nella L. 17, § 2, D. *De pactis,* colle parole: « De pignore Jure honorario nascitur pacto actio. » Non appartenendo il patto dell'ipoteca alla categoria dei contratti, non abbisognava per essere valido ed efficace nè della tradizione necessaria nei contratti reali, ed anche nei contratti innominati, nè delle formole solenni proprie dei contratti verbali, nè della scrittura, ma lo rendeva perfetto il semplice e nudo consenso dei contraenti in qualunque modo manifestato, come dice chiaramente Gajo nella citata L. 4, D. *De pign. et hypothecis:* « Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit, *ut hypotheca sit*, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. » Dalla qual Legge risulta che il patto della ipoteca, reso legittimo dall'autorità del Pretore, avea tutta la forza ed efficacia dei contratti consensuali, di quei contratti cioè, cui rendea perfetti il semplice e nudo consenso dei contraenti. Ond'è che l'ipoteca convenzionale romana, alla quale si applicano i principj generali proprj dei contratti consensuali, dipende unica-

(1) Instit., lib. 3, tit. 15, § 4.
(2) Ad Leg. 4, D. De pignor. et hyp., n. 1.

mente dalla convenzione, ossia dal consenso dei contraenti in qualunque modo manifestato, e nessun altro elemento concorre alla sua validità ed efficacia. Non è quindi necessaria la scrittura alla validità dell' ipoteca convenzionale romana, e quando i contraenti il patto dell' ipoteca alla scrittura raccomandavano, questa, come dice Gajo nella citata L. 4, D. *De pignor. et hyp.*, ad altro non serviva che a provare la fermata convenzione: « Fiunt de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. »

563. La massima di Gius Romano, secondo la quale la validità dell'ipoteca convenzionale dipendeva unicamente dal consenso dei contraenti, era in armonia col sistema generale delle ipoteche avvolto nelle tenebre e nel mistero. Ma dopo che la Legge repubblicana francese 11 brumaio anno 7 all'antico sistema romano ebbe con più saggio consiglio sostituito quello della luce e della pubblicità, la detta massima non poteva più essere mantenuta in vigore. La convenzione della ipoteca destinata a far pubblica mostra di sè non poteva più essere raccomandata alla sola buona fede e alla parola dei contraenti, ma dovea necessariamente essere vestita di abito e forma esteriore per farsi conoscere dai terzi. Ecco il perchè i Compilatori del Codice Napoleone, i quali adottarono, sebbene imperfettamente, il sistema della pubblicità delle ipoteche, all'elemento del consenso, che solo bastava alla validità della ipoteca romana, quello aggiunsero della forma estrinseca dell' atto. E questo secondo elemento dal Codice Napoleone aggiunto è talmente necessario, che senza di esso la volontà delle parti non può aver forza di dar vita ad una ipoteca convenzionale valida ed efficace. Se il diritto d' ipoteca fosse esercibile soltanto in faccia al debitore, potrebbe forse riputarsi inopportuno il legame di forma, a cui subordinò il legislatore la stipulazione dell' ipoteca. Ma essendo l' ipoteca un diritto che di sua natura deve esperimentarsi in concorso dei terzi che furono estranei alla sua stipulazione, i vincoli di forma, onde il consenso dei contraenti deve essere vestito, lungi dal doversi riguardare come un inutile e dannoso impedimento contrario alla libertà e facilità delle convenzioni, si presentano all' occhio del Giureconsulto come un salutare provvedimento volto alla difesa e protezione dei terzi contro la mala fede dei contraenti. Se il

diritto, come insegna il Romagnosi (1), è la facoltà di fare o di ottenere tutto quello che è conforme all'ordine legale, in quanto nel suo esercizio non può essere senza ingiustizia contrariato da chi che sia, come mai i terzi dovrebbero essere obbligati a rispettare, giunto il momento della distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore, il diritto di prelazione reclamato da un creditore contro la regola generale del contributo all'appoggio di una ipoteca stipulata nel segreto tra lui e il debitore senza alcuna forma che garantisca la buona fede e la sincerità della convenzione? Il diritto, come dice il lodato Romagnosi (2), allora soltanto acquista il nome di *azione legale*, che è rivestito di tutti i requisiti onde essere praticamente operativo. Io credo perciò che debba lodarsi la sapienza dei Compilatori del Codice Napoleone, i quali colla disposizione dell'articolo 2117 hanno stabilito due dover essere gli elementi costitutivi dell'ipoteca convenzionale, cioè la convenzione ossia il consenso delle parti contraenti, e la forma estrinseca del contratto.

564. Alla disposizione dell'articolo 2117 del Codice Napoleone sono pienamente conformi gli articoli 2003 del Codice delle Due Sicilie, 2167 del Codice di Parma, 2166 del Codice di Sardegna. È pure conforme alla disposizione del detto articolo 2117 del Codice Napoleone l'articolo 57 del Motuproprio Toscano. Se non che secondo l'articolo 2117 del Codice Napoleone l'ipoteca giudiziale procede *dalle sentenze o dagli atti giudiziali;* laddove il citato articolo 57 del Motuproprio Toscano con migliore consiglio fa nascere l'ipoteca giudiziale unicamente *dalla sentenza che condanna al pagamento.*

(1) Giurisprudenza civile positiva, Prime materie e questioni sulle forme testamentarie. Ediz. Piatti, tomo 3, pag. 292.
(2) Loc. cit., pag. 293.

Articolo 2118.

Sono soltanto suscettibili d' ipoteca:

1° I beni immobiliari che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come immobili;

2° L' usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj durante l' usufrutto.

SOMMARIO.

565. Per Diritto Romano sono capaci d' ipoteca tutte le cose che sono in commercio. Secondo il Codice Napoleone sono capaci d' ipoteca due sole categorie di beni.
566. In primo luogo sono capaci d' ipoteca i beni immobili per loro natura.
567. Anche gli accessorj dei beni immobili, e perciò le cose immobili per destinazione, sono capaci d' ipoteca.
568. Se e quando il creditore ipotecario esercitar possa il suo diritto d' ipoteca sui frutti del fondo ipotecato.
569. È inoltre capace d' ipoteca l' usufrutto dei beni immobili. Effetti dell' ipoteca costituita su un gius di usufrutto.
570. Quali diritti può esercitare il creditore avente ipoteca su un gius di usufrutto, quando il Tribunale nel caso contemplato dall'articolo 618 ordina l' immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all' usufrutto.
571. Se si estingua l' ipoteca costituita su un gius di usufrutto, quando l' usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto all'usufrutto. Opinione del Duranton e del Persil. Opinione contraria dell' Autore.
572. I diritti d' uso e di abitazione non sono suscettivi d' ipoteca.
573. Le servitù prediali non sono capaci d' ipoteca nè secondo i principj del Diritto Romano, nè secondo quelli del Codice Napoleone.
574. Non sono capaci d' ipoteca le azioni che tendono a rivendicare un immobile.
575. Non è d' ipoteca capace il gius d' eredità.
576. Se un gius d' ipoteca possa essere ipotecato.
577. Per Diritto Romano l' enfiteusi è capace d' ipoteca.
578. Se il gius di enfiteusi sia capace d' ipoteca secondo i principj del Codice Napoleone.

565. Tutte le cose che offrono garanzia al creditore e che possono essere alienate, sono atte per diritto Romano a formare soggetto di pegno e d' ipoteca. Volendo in fatti Gajo determinare le cose capaci di pegno e d' ipoteca stabilisce nella L. 9, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, il seguente principio generale: « Quod emtionem, venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. » Nella qual Legge il vocabolo *pignorationem* è usato in senso generale, che abbraccia tanto il contratto reale di pegno, quanto il patto della ipoteca. E a questo principio generale corrisponde esattamente l' altro stabilito da Marciano nella L. 1, § 2, D. *Quæ res pignori,* ove vengono determinate con una massima generale le cose incapaci di pegno e d' ipoteca: « Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris recipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit. » Una conferma ed applicazione di questi principj generali si ha nella L. 1, C. *De patrib. qui filiis suos distr.*, nella quale

è proibito al padre così di vendere, come di dare in pegno i proprj figliuoli: « Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque *pignoris jure* aut alio quolibet modo, nec sub prætextu ignorantiæ accipientis in alium transferri posse, manifestissimi juris est. » Dalla qual Legge chiaramente risulta che l'inalienabilità della cosa costituisce una incapacità assoluta al pegno o all'ipoteca indipendentemente dalla scienza o buona fede del creditore che ricevè in pegno od ipoteca una cosa inalienabile. Quale, infatti, del pegno e dell'ipoteca è lo scopo e l'ultimo risultato? La vendita della cosa data in pegno od ipoteca, onde col prezzo della medesima possa il creditore ottenere la dovuta soddisfazione con preferenza agli altri creditori. E questa facoltà di far vendere la cosa ricevuta in pegno od ipoteca è talmente inerente al diritto di pegno, che anche nel pegno convenzionale la L. 4, D. *De pignorat. act.*, l'accorda al creditore senza bisogno di alcun patto: « Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere. » A che gioverebbe infatti al creditore il pegno o l'ipoteca, se della cosa vincolata non gli fosse lecito domandare l'alienazione? Il pegno dunque o l'ipoteca devono essere necessariamente imposti su cosa di alienazione capace, e perciò la L. 3, C. *Quæ res pignori obl.*, dichiara incapace di pegno una cosa divenuta religiosa: « Si monumento corpus filiæ tuæ intulisti, religiosum id fecisti: quo facto obligari a quoquam, prohibente juris religione, non posse, in dubium non venit. » Posto il principio generale or ora indicato, che cioè il pegno deve essere costituito sopra una cosa posta in commercio e capace di alienazione, le Leggi Romane non fanno alcuna differenza tra il pegno propriamente detto e l'ipoteca quanto alle cose suscettive dell'uno e dell'altro vincolo. Le cose mobili e le cose immobili sono per Diritto Romano sì di pegno capaci come d'ipoteca senza alcun riguardo alla diversa loro natura (1). La differenza tra il pegno e l'ipoteca non dipende dalla qualità della cosa vincolata, ma dal possesso della medesima, il quale nell'ipoteca rimane presso il debitore, mentre nel pegno viene dato mediante la tradizione al creditore. Infiniti testi potrebbonsi recare in campo per provare che per Diritto Romano l'ipoteca poteva cadere non solo sui beni immobili, ma anche sui beni mobili, e mi contento di citare la L. 13, § 1, D. *De pi-*

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.

gnor. et hyp., la quale parla dell' ipoteca costituita su un servo a cui era stata promessa la libertà: « Statu liber quoque dari hypothecæ potest, licet conditione existente evanescat pignus. » Nè è da stupire che anche i mobili al pari degli immobili fossero suscettivi d' ipoteca, perchè l' azione reale ipotecaria detta *quasi Serviana* esercibile contro il terzo possessore era data anche al creditore pignoratario che avesse perduto il possesso di una cosa mobile datagli in pegno (1). Se pei mobili dati in pegno poteva esercitarsi l' azione reale ipotecaria contro il terzo possessore, è chiaro che doveano altresì i mobili essere capaci d' ipoteca, essendo quest' azione uno degli effetti importanti del gius d' ipoteca. Ma di ciò non può farsi ombra di dubbio, essendo una verità confermata da mille testi e da tutti i Dottori, che per Diritto Romano i beni mobili sono ugualmente che gli immobili capaci d' ipoteca. Perciò una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 17 luglio 1828 ebbe a dichiarare che l' ipoteca legale competente alla moglie per le sue doti anteriore al Sistema Ipotecario del Codice Napoleone era estendibile anche ai beni mobili ed ai crediti del marito (2). Ma sebbene anche le cose mobili fossero per Diritto Romano capaci d' ipoteca, è però certo che il nome d' ipoteca accennava principalmente ai beni immobili, come quelli che senza la tradizione meglio che i mobili potevano dare al creditore la desiderata garanzia. In fatti il Vinnio parlando dell' ipoteca dice: « Ea appellatione intelligitur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, et *maxime immobilis* (3). » L' ipoteca sui mobili non era più compatibile con un Sistema fondato sulla pubblicità, e d'altra parte era già in quasi tutti i paesi invalsa la massima che rispetto ai mobili non potesse muoversi l' azione reale contro i terzi possessori. Perciò i Compilatori del Codice Napoleone, ritenuto il principio di Giurisprudenza Romana che possono essere capaci d' ipoteca le sole cose che sono in commercio, ossia le cose che possono alienarsi, ridussero le cose che possono essere suscettive d' ipoteca a due sole specie, che sono 1° i beni immobili che sono in commercio, ed i loro accessorj ri-

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, n. 11, sotto le parole *Utraque hac.*
(2) Tom. 3, Dec. 644, pag. 73.
(3) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, n. 12.

putati come immobili; 2° l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj.

566. Le cose, come dispone l'articolo 517, sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono. Ma quando la legge indica i beni immobili senza altra aggiunta, accenna ai beni che sono immobili per la loro natura, come sono i terreni e gli edifizj, perchè i beni immobili per destinazione o per l'oggetto cui si riferiscono sono tali per una semplice finzione del legislatore. Non può quindi nascere alcun dubbio sul senso delle parole *beni immobiliari* che si leggono nell'articolo 2118, e deve quindi tenersi per certo che sono principalmente capaci d'ipoteca i beni immobili per la loro natura.

567. Secondo l'articolo 2118 sono capaci d'ipoteca anche gli accessorj dei beni immobili riputati come immobili. Sono perciò d'ipoteca capaci i beni immobili per destinazione, di cui si trova fatta l'enumerazione negli articoli 522, 523 e 524, perchè questi divengono immobili in quanto sono accessorj dei beni immobili, a cui sono uniti (1) per destinazione del proprietario. Ma se è certo che gli accessorj dei beni immobili riputati come immobili sono suscettivi d'ipoteca, è certo del pari che la loro capacità a portar l'onere dell'ipoteca sussiste e dura sino a tanto che fanno parte degli immobili di cui sono un accessorio. Cessando essi di far parte ossia di essere un accessorio degli immobili, svanisce *ipso jure* la loro immobilità, e di conseguenza vien meno la loro capacità a sostenere il peso di una ipoteca. Perciò i detti accessorj, sebbene siano riputati come immobili dalla legge, e come parte degli immobili rimangano *ipso jure*, anche senza bisogno di una speciale convenzione, sottoposti alla stessa ipoteca a cui vengono assoggettati gl'immobili, non potranno mai essere ipotecati separatamente e disgiuntamente dagli stessi immobili, di cui sono parte ed accessorio (2). Del resto la ipoteca costituita sugli accessorj d'un immobile separatamente dal medesimo sarebbe inutile ed illusoria pel creditore, sì perchè non gli sarebbe lecito d'intentare l'azione reale ipotecaria contro un terzo possessore quando fossero dal debitore stati staccati dal-

(1) Vedi vol. I, n. 62, pag. 60.

(2) Vedi vol. I, n. 76, pag. 77. Troplong, art. 2118, n. 399. Persil, art. 2118, n. 4 e 5.

l'immobile e poscia venduti; sì perchè giunto il momento di far uso della ipoteca, scopo della quale è la vendita della cosa ipotecata, l'uso stesso dell'ipoteca tornerebbe *ipso jure* colla vendita i detti accessorj, ipotecati senza l'immobile, al loro stato naturale di beni mobili, e porterebbe la necessità della distribuzione per contributo fra i creditori chirografarj del prezzo ricavatone. Nè si opponga la disposizione della L. 15, pr. D. *De pignor. et hyp.*, la quale permette di ipotecare i frutti di un fondo senza il fondo: « Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillae, fœtus pecorum. » Imperocchè l'obbiezione cade ove si consideri che per Gius Romano anche i mobili possono essere ipotecati. Infatti la detta Legge dopo i frutti pendenti indica i figli delle schiave e i parti delle pecore, che non sono certamente accessorj di beni immobili. Del resto la disposizione della detta L. 15, pr. D. *De pignor. et hyp.*, la quale permette l'ipoteca dei frutti pendenti indipendentemente dal fondo, non è più compatibile colla massima stabilita dall'articolo 2118, il quale dichiarando suscettivi d'ipoteca i soli beni immobili ed i loro accessorj riputati come immobili toglie qualunque facoltà d'ipotecare separatamente dal fondo i frutti, che ne sono parte finchè sono pendenti, e che appena staccati passano necessariamente nella categoria delle cose mobili (1).

568. E siccome abbiamo fatto parola dei frutti pendenti, i quali sono parte del fondo, e come tali cadono nell'ipoteca a cui il fondo stesso è sottoposto, torna in acconcio l'esaminare se e quali diritti abbia il creditore ipotecario sui frutti del fondo ipotecato. La L. 1, § 2, D. *De pignor. et hyp.*, contempla il caso di un fondo ipotecato col patto espresso che anche i frutti debbano rimanere compresi nell'ipoteca: « Cum prædium pignori daretur, nominatim *ut fructus quoque pignori essent*, convenit. » Potrebbe credersi che fosse necessario un patto esplicito per vincolare a favore del creditore ipotecario i frutti del fondo. Sarebbe questo un errore. La L. 3, C. *In quib. caus. pign. vel hyp.*, dichiara in termini generali che i frutti del fondo ipotecato rimangono tacitamente ipotecati a garanzia del credito, per cui fu dato il fondo in ipoteca: « Fructus pignori datorum prædiorum, etsi id aperte

(1) Troplong, art. 2118, n. 404. Persil, art. 2118, n. 5 e 6. Duranton, n. 254 e 260.

non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse. » Ma come può conciliarsi che il debitore ipotecante conservi il possesso e il libero godimento dell'immobile ipotecato, e che il creditore abbia sui frutti lo stesso diritto d'ipoteca che ha sull'immobile? È facile la conciliazione. È fuori di dubbio che il debitore conserva il possesso e il godimento dell'immobile ipotecato. In ciò anzi l'ipoteca differisce dal contratto d'anticresi, in virtù del quale il creditore acquista la facoltà di percepire i frutti dell'immobile dato in pegno fruttifero. Il diritto pertanto che ha il creditore ipotecario sui frutti è un diritto, dirò così, in potenza, il quale si attua il giorno in cui egli fa uso in giudizio della sua ipoteca. Ora il creditore fa uso in giudizio della sua ipoteca o contro un terzo possessore esercitando l'azione reale ipotecaria, o contro lo stesso debitore o i suoi legittimi rappresentanti in un giudizio di espropriazione o di universale concorso. Nel primo caso i diritti del creditore ipotecario, quanto ai frutti, sono chiaramente stabiliti e determinati nella L. 16, § 4, D. *De pignor. et hyp.*, la quale contempla appunto nell'antecedente § 3 il giudizio *in vindicatione pignoris* intentato dal creditore ipotecario contro il terzo possessore: « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet Judex: ut, *ex quo lis inchoata sit*, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minus sit prædium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi exstent, et res non sufficit. » Contro dunque il terzo possessore ha il creditore ipotecario diritto sui frutti del fondo ipotecato dal giorno dell'incominciata lite, ed altresì sui frutti anteriori, se esistono ancora in mano del terzo possessore — *exstantes*. — Nel secondo caso, quando cioè il creditore ipotecario esercita l'azione ipotecaria in un giudizio di espropriazione o di universale concorso, il diritto sui frutti dell'immobile ipotecato si attua il giorno dell'aperto giudizio, dal qual giorno i frutti s'immobilizzano, come dicono gl'Interpreti, a favore del creditore ipotecario (1), il quale nessun diritto in pregiudizio dei creditori chirografarj potrebbe pretendere ed esercitare sui frutti anteriormente percetti dal debitore, quand'anche non fossero ancora stati consunti ed esistessero ancora. I frutti percetti dal debitore prima del giudizio,

(1) Decisione del Sup. Cons. di Modena, del 30 gennaio 1833, n. 992, tomo 5, pag. 111, Gramigna con Cassetti.

appena staccati dal fondo perdono la natura di beni immobili che hanno i frutti pendenti; e questa è la ragione per la quale il gius d'ipoteca, che può gravitar solo su beni immobili, non può dare al creditore alcun diritto sui frutti percetti prima del giudizio quando anche siano ancora esistenti — *exstantes* (1). — Coerentemente a questi principj l'articolo 689 del Codice di Procedura sotto il titolo *Del gravamento sopra gli stabili* dispone che i frutti raccolti dopo la denunzia fatta al debitore saranno considerati come stabili per essere distribuiti unitamente al prezzo di questi secondo l'ordine d'ipoteca. E l'articolo 691 dello stesso Codice, contemplando il caso che il fondo espropriato sia già stato anteriormente al gravamento affittato con contratto avente data certa, dispone che i creditori potranno gravare le pigioni e i fitti; e nel caso che questi siano scaduti dopo l'intimazione fatta al debitore, dovranno ripartirsi come i frutti dei quali è fatta menzione nel citato articolo 689. Il Codice dunque di Procedura conferma la distinzione che abbiamo fatta tra i frutti percetti anteriormente al giudizio e quelli percetti posteriormente, lasciando i primi nella massa dei beni mobili a disposizione dei creditori chirografarj, e assegnando i secondi come accessorj dell'immobile ipotecato ai creditori ipotecarj secondo l'ordine delle rispettive ipoteche.

569. Finalmente l'articolo 2118 dichiara capace d'ipoteca l'usufrutto dei beni immobili. L'usufrutto, che è *jus alienis rebus utendi fruendi* (2), viene nella L. 1, § 1, D. *De div. rer.*, annoverato tra le cose incorporali: « Incorporales sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt: sicut hereditas, *ususfructus.* » Questo gius è tanto diverso dal dominio, quanto dal dominio è diverso il gius di servitù, perchè il Gius Romano conta il gius di usufrutto tra le servitù personali (3). Ed è così assoluta e radicale la differenza che passa tra il dominio e il gius di usufrutto che Ulpiano nella L. 6, D. *De reb. eor. qui sub tutela,* dice che tra il proprietario e l'usufruttuario dello stesso fondo non esiste alcuna comunione: « Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usumfructum; magis est, ut cesset hæc pars orationis, quæ de divisione loquitur: nulla

(1) Vedi vol. I, n. 63, pag. 60.
(2) Instit., lib. 2, tit. 4, pr.
(3) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 4, pr.

enim communio est. » Ma questo diritto d'usufrutto, sebbene distinto e diverso dalla proprietà, e sebbene sia cosa incorporale, è però *jus in corpore*, come dice Celso nella L. 2, D. *De usuf. et quem.*, è percio l'articolo 526 del Codice Napoleone mette l'usufrutto delle cose immobiliari nella classe dei beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Ma non basterebbe al gius di usufrutto l'essere annoverato tra i beni immobili per poter essere capace d'ipoteca, perchè anche le servitù prediali, le quali non sono dichiarate capaci d'ipoteca, sono dallo stesso articolo 526 messe nel numero dei beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. L'usufruttuario, ritenendo il gius che come servitù personale è costituito in favore della persona, può cederne ad un altro l'esercizio anche senza il bisogno dell'assenso del proprietario. Dice infatti Ulpiano nella L. 12, § 2, D. *De usuf. et quemadmodum quis utatur:* « Ususfructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: nam et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur. » Anche l'articolo 595 del Codice Napoleone dichiara che l'usufruttuario può godere egli stesso, dare in affitto ad altri, vendere o cedere l'esercizio del suo diritto a titolo gratuito. In vista di questa facoltà competente all'usufruttario di poter cedere l'esercizio del suo diritto ad un estraneo qualunque, la L. 11, § 2, D. *De pignor. et hyp.*, accorda anche all'usufruttuario la facoltà di dare lo stesso gius di usufrutto in ipoteca ai suoi creditori (1); e per la stessa ragione il Codice Napoleone, che ha collocato l'usufrutto delle cose immobili tra i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono, ha messo altresì l'usufrutto delle cose immobili nel numero delle cose suscettive d'ipoteca. Quanto agli effetti dell'ipoteca costituita su un gius di usufrutto, non bisogna confondere il gius di usufrutto coi frutti che l'usufruttuario percepisce dal fondo. Il gius di usufrutto, o, per dir meglio, l'esercizio di questo diritto è alienabile come qualunque altra sostanza del debitore; ed è perciò messo da Ulpiano nella L. 8, pr. D. *De reb. auctor. jud.*, nel numero delle cose di cui si può domandare la vendita in giudizio: « In venditionem bonorum etiam ususfructus veniat. » Ciò che la legge dichiara immobile nell'usufrutto è appunto il gius dell'usufrutto. Al contrario i frutti che l'usufruttuario di mano in mano ritrae dal fondo soggetto al suo usu-

(1) Vedi vol. I, n. 65, pag. 62.

frutto sono cose mobili, il cui prezzo deve essere distribuito per contributo tra tutti i creditori chirografarj dello stesso usufruttuario. Ciò posto, il creditore, a cui fu dato in ipoteca il gius di usufrutto al suo debitore spettante su un determinato fondo, o si limita a domandare il sequestro e la vendita dei frutti raccolti nel fondo soggetto all'usufrutto, e in tal caso egli non può reclamare su questi frutti alcun gius di preferenza, perchè la sua ipoteca colpisce il gius dell'usufrutto, e non i frutti raccolti nel fondo, ai quali come a cose mobili hanno eguale diritto tutti i creditori chirografarj dell'usufruttario. O intende di far valere la sua ipoteca, e il diritto di prelazione dalla medesima derivante, e allora uso facendo del diritto che accorda ai creditori l'articolo 2204 deve procedere alla spropriazione forzata del gius di usufrutto datogli in ipoteca, e domandare sul prezzo di vendita di questo gius il grado di prelazione a lui competente (1). Questo punto è così semplice e chiaro, che ben fa meraviglia che una sentenza della Corte di Torino del 24 aprile 1810, giustamente criticata dal Troplong (2), accordasse ad una creditrice, che avea un gius d'ipoteca su un usufrutto spettante al marito suo, il diritto di prelazione, ad esclusione dei creditori chirografarj, sulle pensioni sequestrate d'affitto del fondo goduto dal marito in usufrutto. Come il creditore che ha ipoteca su un determinato fondo, se dimanda, senza esercitare il gius d'ipoteca che gli compete sul fondo, il sequestro e la vendita dei frutti raccolti, non può su questi esercitare alcun gius di prelazione, perchè i frutti appena staccati dal fondo diventano cosa mobile, il cui prezzo deve distribuirsi per contributo tra tutti i creditori chirografarj; così pure, se chi ha ipoteca su un gius di usufrutto, anzi che far uso della sua ipoteca intentando la spropriazione del gius di usufrutto, chiede semplicemente il sequestro e la vendita dei frutti raccolti nel fondo, non può sui medesimi reclamare quella prelazione, alla quale ha diritto nel caso soltanto in cui proceda alla spropriazione e quindi alla vendita del gius di usufrutto. Del resto, come l'alienazione del fondo soggetto ad usufrutto fatta dal proprietario non pregiudica i diritti dell'usufruttuario, come dichiarano la L. 19, D. *Quib. mod. ususfr. vel us. am.*, ed anche l'articolo 621 del Codice Napoleo-

(1) Persil, art. 2118, n. 13 e 14. Duranton, n. 263.
(2) Art. 2118, n. 400.

ne; così nessun pregiudizio può arrecare al creditore avente ipoteca sul gius di usufrutto, il quale conserva integro il suo diritto finchè dura il diritto dell' usufruttuario da cui ha causa. Ma neppure può essere di pregiudizio al proprietario l' ipoteca spettante al creditore dell' usufruttario sul gius di usufrutto. Imperocchè, come quelli, che non hanno sull' immobile che un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati, non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione, come dichiara l' articolo 2125 in piena conformità del principio — *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* —per la stessa ragione chi ha una ipoteca su un gius di usufrutto, non potendo esercitare maggiori diritti dello stesso usufruttuario da cui ha causa, perderà necessariamente il suo diritto d'ipoteca qualunque volta rimarrà legalmente estinto il gius di usufrutto. Dice perciò l' articolo 2118 che è suscettivo d' ipoteca l' usufrutto dei beni immobili, *durante l' usufrutto.*

570. Se l' usufruttuario abusa del suo diritto tanto col cagionare deterioramenti ai fondi, quanto col lasciarli deperire per mancanza di ordinarie riparazioni, i Giudici secondo l'articolo 618 possono ordinare l' immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all' usufrutto col peso di pagare annualmente all' usufruttuario, o agli aventi causa dal medesimo, una somma determinata sino al momento in cui l'usufrutto avrebbe dovuto cessare. In questo caso il Duranton accorda al creditore a cui fu dato in ipoteca dall' usufruttuario il gius di usufrutto un gius di prelazione sulla somma da pagarsi dal proprietario: « Dans le cas d'abus de jouissance assez grave pour faire prononcer par les tribunaux la cessation de l'usufruit, si le jugement ordonne que le propriétaire, pour rentrer de suite dans l'immeuble, payera annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une certaine somme jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser, le créancier qui avait hypothèque sur l'usufruit doit avoir la préférence, quant à cette somme, sur les autres créanciers, attendu qu'elle est la représentation du droit d'usufruit lui-même dans la main de l'usufruitier (1). » Io non sono pienamente d'accordo col Duranton, e credo che al creditore, a cui fu dato in ipoteca il diritto d' usufrutto, non debba già accordarsi la prelazione, come dice il lodato Giureconsulto, sulle

(1) N. 262.

somme da pagarsi dal proprietario che fu immesso nel possesso della cosa sottoposta all' usufrutto, ma restino salvi ed integri tutti i diritti che dalla sua ipoteca costituita sul gius di usufrutto possono derivare, come se il fondo sottoposto all'usufrutto fosse stato affittato ad un terzo, o per ordine del Giudice allo stesso proprietario. E infatti, nel caso di abuso fatto dall' usufruttuario del suo diritto, l'articolo 618 lascia la facoltà ai Giudici, secondo la gravezza delle circostanze, di pronunciare l'estinzione assoluta dell' usufrutto, ovvero di ordinare l'immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all' usufrutto col peso di pagare annualmente all' usufruttuario una somma determinata sino al momento in cui l' usufrutto avrebbe dovuto cessare. Quando adunque i Giudici posti dalla legge nell' alternativa o di pronunciare la estinzione dell' usufrutto, o di ordinare l' immissione del proprietario nel possesso della cosa, s' attengono a quest' ultimo partito, l' usufrutto non rimane in alcuna maniera estinto, sebbene ne resti in qualche modo modificato l' esercizio. E se l' immissione del proprietario nel possesso della cosa ordinata dai Giudici non spegne il diritto d' usufrutto spettante all' usufruttuario, è chiaro che rimangono intatti i diritti d' ipoteca spettanti sullo stesso gius di usufrutto al creditore ipotecario. Dovrà certamente anche il creditore ipotecario rispettare il Decreto dei Giudici che ordinarono l' immissione del proprietario nel possesso a fronte del pagamento di un' annua somma; ma questa modificazione portata all'esercizio del diritto d' usufrutto lasciando sussistere il diritto stesso in tutta la sua integrità, non reca alcuna sostanziale innovazione al gius d' ipoteca spettante al creditore ipotecario, il quale può e deve esercitare il suo diritto procedendo alla spropriazione del gius di usufrutto spettante all' usufruttuario. Che importa che l' usufruttuario tenga il posseso dell'immobile sottoposto al suo usufrutto, o che i Giudici immettano il proprietario stesso nel possesso a fronte di una determinata somma da pagarsi all' usufruttuario? La somma annua, il cui pagamento viene dai Giudici addossato al proprietario immesso nel possesso, non è altro che il prezzo del materiale godimento dei beni, ed è qui applicabile ciò che dice Gajo nella L. 39, D. *De usuf. et quem. quis utatur:* « Qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. » Tanto è lungi che coll' immissione nel

possesso accordata al proprietario si estingua il gius dell'usufrutto, che i Giudici allora ordinano l'immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto, quando non pronunciano l'estinzione dell'usufrutto. E se il gius di usufrutto non rimane spento, nè pure può rimanere estinto il gius d'ipoteca spettante sullo stesso gius di usufrutto al creditore ipotecario, salvi, ben inteso, gli effetti del Decreto dei Giudici che ordinarono l'immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto, non potendo il creditore ipotecario esercitare maggiori diritti di quelli spettanti all'usufruttuario da cui ha causa. Ciò posto, o il creditore avente ipoteca sul gius di usufrutto domanda il sequestro delle somme già scadute che devono pagarsi dal proprietario che fu immesso nel possesso, e in tal caso le somme stesse come cosa mobile dovranno distribuirsi per contributo tra tutti i creditori; o intende di valersi della sua ipoteca, e allora dovrà procedere regolarmente al giudizio di espropriazione del gius di usufrutto datogli in ipoteca, il quale, sebbene modificato nel suo esercizio in forza del Decreto che ordinò l'immissione del proprietario nel possesso della cosa, rimase vivo e integro.

571. La consolidazione è da Giustiniano annoverata fra i modi onde finisce l'usufrutto, la quale ha luogo quando nella stessa persona si concentrano il diritto di proprietà e quello di usufrutto. Un bell'esempio di questa consolidazione ce l'offre Giuliano nella L. 17, D. *Quib. mod. vel ususf. vel usus amit.*, contemplando il caso, in cui l'usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto al suo usufrutto: « Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis adquisieris, deinde conditio exstiterit, pleno jure fundum Titius habebit; neque interest, quod, detracto usufructu, proprietas legata sit: dum enim proprietatem adquiris, jus omne legati ususfructus amisisti. » Anche l'articolo 617 del Codice Napoleone stabilisce che l'usufrutto si estingue *colla consolidazione*, ossia riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario. Ora giova esaminare, se, estinguendosi l'usufrutto allora quando l'usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto al suo usufrutto, rimarrà altresì estinto il gius d'ipoteca sul medesimo costituito? Il Duranton, dopo avere stabilito il principio generale che coll'estin-

guersi dell' usufrutto si estingue necessariamente l' ipoteca, soggiugne in via di limitazione al detto principio, che l' ipoteca dura quando l' usufruttuario acquista la proprietà della cosa sottoposta all' usufrutto, non ostante che l' usufrutto cessi in grazia della consolidazione: « Ainsi quand l'usufruit cessera, l'hypothèque cessera pareillement. Cependant, elle ne cesserait pas par l'acquisition que l'usufruitier ferait de la nue propriété, ce qui fait toutefois éteindre l'usufruit par la consolidation (1). » E quale è la ragione che adduce il Duranton di questa limitazione? Egli dice che non deve esser lecito all' usufruttuario di rendere per fatto suo illusoria la consentita ipoteca: « Il ne doit pas dépendre de l'usufruitier de rendre illusoire l'hypothèque qu'il a donnée. » Ma questa ragione non può a parer mio giustificare l'eccezione stabilita dal Duranton. Imperocchè, se può valere per quei casi, in cui l' usufruttuario acquista la proprietà in forza di una convenzione stipulata col proprietario, come p. e. quando l' usufruttuario compra dal proprietario la proprietà del fondo di cui ha l' usufrutto; non può valere per gli altri, in cui l' usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto all' usufrutto per cause indipendenti da qualunque convenzione, p. e. a titolo di legato. Se fosse vera la massima del Duranton, dovrebbe essere appoggiata a ragioni intrinseche applicabili a qualunque caso. Ma io credo che i rigorosi principj della scienza conducano ad una conclusione diversa. E infatti è principio incontrastabile di Romana Giurisprudenza confermato anche, come si disse, dal Codice Napoleone, che la consolidazione, la quale si opera quando l' usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto all' onere dell' usufrutto, estingue lo stesso usufrutto. È pure principio inconcusso stabilito dalla L. 8, pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, che l' ipoteca svanisce quando è rimasto estinto l' usufrutto che ne era il soggetto: « Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. » A fronte di questi due principj non so come possa il Duranton serbare in vita l' ipoteca quando l' usufruttuario acquista la proprietà del fondo sottoposto all'usufrutto. Può forse sembrar strano che l' ipoteca costituita su un gius di usufrutto debba rimanere estinta quando l' usufruttuario acquista la proprietà di quello

(1) N. 262.

stesso fondo di cui avea prima il semplice usufrutto. Ma la logica è inesorabile, e non può ammettere conclusioni discordanti dai principj. Quando è dato in ipoteca un gius di usufrutto, il soggetto su cui è radicata l'ipoteca non è il fondo, è il gius dell'usufrutto, dichiarato dalla legge bene immobile. Se in forza della consolidazione questo gius di usufrutto svanisce, l'ipoteca, a cui vien meno il soggetto sul quale poggiava, crolla necessariamente. Anche nel caso contemplato dalla L. 17, D. *Quib. mod. usuf. vel us. am.*, già sopracitata, par strano che l'usufruttuario del fondo lasciato in proprietà a Tizio sotto condizione debba perdere, verificatasi la stessa condizione, il gius di usufrutto, solo perchè in pendenza acquistò la proprietà del fondo al suo usufrutto sottoposto. Ma Giuliano dalla necessità costretto dei principj non si rimase dal decretare la decadenza dell'usufruttuario, appunto perchè l'acquisto che questi fece della proprietà prima del verificarsi della condizione, a cui era stato subordinato il legato del fondo, estinse irrevocabilmente il gius di usufrutto. Per difendere l'opinione del Duranton si potrebbe forse ricorrere alla distinzione che fanno i Dottori dell'usufrutto *formale* e *causale* (1), e dire che sebbene colla consolidazione si spenga l'usufrutto formale, rimane però vivo il causale, quello cioè che è congiunto colla proprietà, o, per dir meglio, che il formale si converte in causale. Risponderò col Vinnio, che l'usufrutto è uno solo, e che l'usufrutto chiamato *causale* non è altrimenti una specie di usufrutto: « Neque vetus ista et magistralis distinctio ususfructus in *formalem* et *causalem* vera est et genuina generis in species divisio, neque pro ea a Doctoribus venditatur (2). » Il Codice Napoleone non conosce altro usufrutto che quello di cui dà la definizione nell'articolo 578, nel quale è detto che l'usufrutto è il diritto di godere delle cose di cui un altro ha la proprietà, e a questo solo usufrutto accenna il lodato Codice in tutte le disposizioni che riguardano il gius di usufrutto. La distinzione di usufrutto causale e formale, capricciosamente introdotta dagli antichi Glossatori, non è stata accettata dal Codice Napoleone. L'usufrutto che l'articolo 2118 fa capace d'ipoteca, o si spegne colla consolidazione, o no. Chi dice che non si spegne, deve calpestare la chiara disposizione dell'articolo 617.

(1) Voet, lib. 7, tit. 1.
(2) Comment. Instit., lib. 2, tit. 4, pr., n. 4.

E se si spegne, non so per quale miracolo si potrà fare che alla sua morte sopravviva il gius d'ipoteca che sul medesimo era costituito. Si dirà che anche dopo la consolidazione il debitore che avea ipotecato l'usufrutto continua a godere del fondo e a percepirne i frutti. Ciò è verissimo, ma continua a percepire i frutti con una qualità e con una veste nuova, colla veste cioè di proprietario che non aveva al momento della costituita ipoteca. Risponderò colle parole della L. 5, pr. D. *Si ususf. petatur:* « Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest: quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. » L' usufrutto, sebbene radicato sulla cosa, è una servitù personale che muore col morire dell'usufruttuario, e con esso muore altresì il gius d'ipoteca sul medesimo costituito. Colla consolidazione la persona dell'usufruttuario scomparisce, il quale come persona nuova investita del gius di proprietà raccoglie i frutti *jure dominii.* Dice chiaramente la L. 4, D. *Ususfr. quem. caveat:* « Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem ususfructus ad eum pertinere. » Se dunque l' usufruttuario acquistando la proprietà perde l' usufrutto, anche il creditore di lui perderà necessariamente l' ipoteca sull' usufrutto costituita. Suppongasi che l' usufruttuario, divenuto proprietario del fondo di cui avea l' usufrutto, venda l'acquistato fondo a Tizio. Ammessa l' opinione del Duranton, qual diritto potrebbe esercitare il creditore, che ebbe in ipoteca il gius dell' usufrutto, contro il terzo possessore? Non potrebbe certamente muovere l' azione ipotecaria contro il fondo, perchè il fondo non fu mai il soggetto della sua ipoteca. Ma neppure potrebbe coll' azione ipotecaria rivendicare il gius dell' usufrutto, sul quale fu costituita la sua ipoteca, perchè il terzo possessore si difenderebbe col rispondere che il fondo era già rimasto libero dall' onere dell' usufrutto prima del suo acquisto in grazia dall' avvenuta consolidazione. Il terzo possessore che comprò il fondo dall' antico usufruttuario dopo che questi ne era divenuto il proprietario, lo comprò libero dall' onere dell' usufrutto, e non può quindi essere in alcuna maniera molestato con azione reale dal creditore che avea ipoteca sul detto usufrutto. Ma supponiamo pur anche che il fondo acquistato dall' usufruttuario sia sempre in potere del medesimo. Se il creditore, che ebbe in ipoteca l' usufrutto, vorrà esperimen-

tare la sua ipoteca, dovrà procedere non alla espropriazione del fondo che non gli fu dato in ipoteca, ma del gius di usufrutto, che della sua ipoteca fu il vero ed unico soggetto. Ma come potrà farsi questo giudizio di espropriazione, e come potrà invocarsi, se il gius di usufrutto che ne dovrebbe essere il soggetto è rimasto assorbito dal gius di proprietà, e non ha più una vita propria, separata e distinta? Dunque il creditore, al quale fu dato in ipoteca il gius di usufrutto, non potrebbe dopo la consolidazione nè agire con azione ipotecaria contro il terzo possessore, nè procedere contro il debitore alla spropriazione del gius a lui ipotecato. Avrà dunque, dice il Duranton, il debitore libera facoltà di rendere illusoria l'ipoteca da lui costituita sul gius d'usufrutto che gli spettava? Questa ragione è detta anche dal Persil, il quale sostiene che il principio generale, secondo il quale l'ipoteca si estingue coll'estinguersi dell'usufrutto, su cui era costituita, non è applicabile al caso in cui la consolidazione della proprietà coll'usufrutto avviene in forza di una convenzione stipulata tra l'usufruttuario e il proprietario; e ciò perchè l'*usufruitier ne peut pas par son fait nuire à l'hypothèque déjà acquise* (1). Rispondo che chi accetta in ipoteca un gius di usufrutto, accetta una garanzia labile di sua natura ed essenzialmente risolubile; che essendo determinati dalla legge i casi, in cui l'usufrutto si estingue, la risolubilità dell'ipoteca deve essere prevista e temuta dal creditore; e che quando l'usufrutto cessa per uno dei titoli contemplati dal legislatore, fra i quali vi è quello della consolidazione, il creditore non può dolersi se gli sfugge di mano la sua ipoteca. Il creditore, a cui in grazia dell'acquisto della proprietà fatto dall'usufruttuario vien meno la sua ipoteca, potrà agire contro il suo debitore o per l'immediato rimborso del suo credito o per avere un'altra ipoteca, ma non potrà fare che la sua ipoteca possa sopravvivere al fatto della consolidazione che spense l'usufrutto.

572. Il Gius Romano annovera tra le servitù personali l'usufrutto e i diritti d'uso e di abitazione (2). Ma sebbene questi ultimi abbiano coll'usufrutto molta affinità e somiglianza, sono però da esso separati e distinti (3). Anche il Codice Napoleone

(1) Art. 2118, n. 13.
(2) Instit., lib. 2, tit. 4 e 5.
(3) Debbo rettificare la citazione ch'io feci nel primo volume a pag. 64

distingue dall' usufrutto i diritti d'uso e di abitazione (1). E siccome l' articolo 2118 fra le cose suscettive d' ipoteca mette soltanto l'usufrutto dei beni immobili, e non fa alcuna menzione dei diritti d' uso e di abitazione, i quali non sono d' altronde diritti alienabili; così deve tenersi per certo non essere i diritti d'uso e di abitazione capaci d' ipoteca (2). È verissimo che questi diritti possono dirsi, al pari dell'usufrutto, immobili per l'oggetto cui si riferiscono, sebbene di essi non faccia parola il più volte citato articolo 526, ma la loro inalienabilità li rende assolutamente incapaci d' ipoteca (3). In piena armonia coll' articolo 2118 è l' articolo 2204, il quale fra i beni di cui il creditore può domandare la spropriazione indica soltanto i beni immobili ed i loro accessorj riputati immobili, e l' usufrutto spettante al debitore sopra beni della stessa natura.

573. Le servitù prediali essendo diritti dei fondi, non possono concepirsi staccate dai fondi di cui sono una qualità. Dice perciò il Romagnosi (4) che la nozione di servitù importa essenzialmente la supposizione di un fondo dominante e di un fondo serviente appartenenti a diversi proprietarj. La qual massima consuona con ciò che dice Ulpiano nella L. 1, pr. D. *Comm. prædiorum:* « Nemo potest servitutem adquirere vel urbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium. » Essendo pertanto le servitù prediali qualità indivisibili dai fondi, possono esercitarsi e godersi dal solo possessore del fondo dominante, e non possono quindi essere ad altri trasferite senza il fondo a cui sono inerenti. E siccome l' ultimo risultato dell' ipoteca è la spropria-

sotto il numero 66 di un paragrafo delle Instituzioni Giustinianee. Dissi che più ristretto dell' usufrutto è il diritto di abitazione, e citai in conferma di questa verità il § 2, tit. 5, lib. 2 delle Instituzioni. Sebbene tra il diritto d' uso di una casa e il diritto d' abitazione vi sia poca differenza, come afferma anche Ulpiano nella L. 10, pr. D. *De usu et habit.*, è però vero che nel § 2, Instit., tit. 5, lib. 2, da me citato alla detta pagina 64, Giustiniano non accenna al diritto di abitazione, ma invece al diritto d'uso di una casa. Del diritto d' abitazione parla Giustiniano nel § 5 dello stesso titolo nei seguenti termini: « Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus. »

(1) Art. 578 e 625.

(2) Vedi vol. I, n. 66, pag. 63. Duranton, n. 266.

(3) Troplong, art. 2099, n. 108, e art. 2118, n. 403.

(4) Condotta delle acque, par. 1, lib. 1, § 17.

zione e la vendita della cosa ipotecata, così è evidente che le servitù prediali isolate dal fondo dominante non possono in alcuna maniera essere capaci d'ipoteca. Il perchè il Vinnio estendendo a tutte le servitù prediali anche rustiche la disposizione della L. 11, § ult., D. *De pignor. et hyp.*, la quale dichiara incapaci d'ipoteca le servitù urbane, stabilisce la massima generale che le servitù prediali, siano urbane, siano rustiche, non sono capaci d'ipoteca: « Verius est, non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eandemque in proposito harum atque illarum esse rationem (1). » La L. 12, D. *De pignor. et hyp.*, dalla quale alcuni Interpreti hanno creduto poter dedurre che le servitù rustiche sono per Diritto Romano capaci d'ipoteca, lungi di accordare la facoltà d'ipotecare le servitù rustiche già costituite, o, come dicono i Dottori, le servitù *formali*, dichiara semplicemente essere permesso dall'equità Pretoria il patto, col quale il debitore impone a titolo di pegno una servitù rustica a favore del suo creditore avente un fondo vicino a quello sul quale la servitù viene imposta, con facoltà allo stesso creditore di cedere la servitù stessa, in difetto di pagamento, ad altri vicini a cui potesse essere utile (2). Sebbene l'articolo 526 del Codice Napoleone dichiari immobili per l'oggetto cui si riferiscono le servitù prediali, le stesse ragioni che mostrano incapaci d'ipoteca le servitù prediali secondo i principj del Diritto Romano, le rendono altresì incapaci secondo i principj del Codice Napoleone, che ha delle servitù prediali conservata l'antica natura. Perciò l'articolo 2118 dichiara *soltanto suscettibili* d'ipoteca i beni immobili ed i loro accessorj, non che l'usufrutto degli stessi beni. E con questa disposizione armonizza perfettamente quella dell'articolo 2204 che numera le cose di cui il creditore può domandare la forzata spropriazione (3). Ma quantunque le servitù prediali non possano separatamente dal fondo dominante essere date in ipoteca, è però certissimo che le ipoteche costituite sugli immobili colpiscono altresì le servitù ai medesimi inerenti, come quelle, che, al dire delle Romane Leggi, sono qualità dei fondi, dai fondi

(1) Selectar. Jur. Quæst., lib. 1, cap. 32.

(2) Vinnii Selectar. Jur. Quæst., loc. cit. Vedi vol. I, n. 67, pag. 65.

(3) Vedi vol. I, n. 68, pag. 67. Duranton, n. 269. Troplong, art. 2118, n. 401, 402. Persil, art. 2118, n. 8.

stessi inseparabili. È per questa ragione che, sebbene la L. 2, § 1, D. *Si servit. vind.*, dichiari che l'azione confessoria *nulli alii, quam domino fundi, competit;* la L. 16, D. *De servit.*, accorda al creditore, a cui fu dato in pegno il fondo dominante, l'azione utile confessoria: « Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, *utilem* petitionem servitutis dari. » Anche la L. 9, D. *De oper. novi nunc.*, dichiara in termini assoluti che al creditore, *cui pignoris nomine prædium tenetur,* compete la rivendicazione delle servitù attive inerenti al fondo dato in pegno, *vindicatio servitutis datur.*

574. Sarebbe ora da dire delle azioni che tendono a rivendicare un immobile, le quali sono dall'articolo 526, al pari delle servitù prediali, dichiarate immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Ma su questo punto, che a parer mio non può presentare alcuna seria difficoltà, mi riporto a ciò che ho detto sotto l'articolo 2099 (1), e non credo necessario di aggiungere ulteriori osservazioni, essendo evidentemente escluse le dette azioni dal numero delle cose suscettive d'ipoteca dallo stesso articolo 2118, il quale fra le cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono indica come capace d'ipoteca il solo usufrutto dei beni immobili. Se però le dette azioni non sono capaci d'ipoteca, non è tolto per questo ai creditori il diritto e la facoltà di giovarsi delle medesime, perchè l'articolo 1166 prescrive che i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali (2).

575. Il punto toccato nel precedente numero mi porta a considerarne un altro, cioè se sia capace d'ipoteca un gius di eredità. Giustiniano mette il gius di eredità tra le cose incorporali: « Incorporales sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hereditas (3). » Nè importa che le cose, onde si compone la eredità, siano corporali, perchè dice la L. 1, § 1, D. *De div. rer.*, che ciò che nella eredità è incorporale è il gius della successione spettante all'erede: « Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales contineantur;... nam ipsum jus successionis.... incorporale est. » Ora in che si risolve questo gius di eredità? Nell'azione di petizione di eredità. Infatti

(1) Vedi vol. I, n. 69 e 70, pag. 68.
(2) Troplong, art. 2118, n. 406.
(3) Instit., lib. 2, tit. 2, § 2.

chi agisce con quest' azione di petizione di eredità, *intendit hereditatem suam esse totam, vel pro parte,* come dice la L. 10, § 1, D. *De hered. petitione.* E siccome le azioni che tendono a rivendicare un immobile non sono capaci d' ipoteca, come già si è detto nell' antecedente numero; così neppure la petizione di eredità, quand' anche il patrimonio si componga di soli beni immobili, potrà essere capace d' ipoteca. L' erede può con tutto il diritto ipotecare i beni immobili ereditarj, come quelli che gli appartengono in dominio *jure hereditatis*, ma il gius di erede, che dà luogo alla petizione di eredità, non può essere in alcuna maniera capace d'ipoteca. Il gius di eredità è certamente un diritto alienabile come risulta dalle Leggi che si trovano nel titolo delle Pandette *De hereditate, vel actione vendita;* ma la incorporeità, dirò così, di un tale diritto, lo rende assolutamente incapace a sopportare il peso di un' ipoteca. Si dirà che l' articolo 2118 dichiara suscettivo d' ipoteca l' usufrutto, non ostante che l' usufrutto sia di sua natura un diritto incorporale. Ma quale usufrutto è dalla legge dichiarato suscettivo d' ipoteca? Quello solamente che è costituito su beni immobili. Ma il gius di eredità è diritto di sua natura universale, che non è radicato nè sull' immobile A, nè sull' immobile B, ma comprende ed abbraccia, come dice la L. 28, D. *De adquir. vel om. her.*, l' insieme dei diritti, azioni, ed obbligazioni del defunto: « Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit. » Il gius di eredità è talmente incorporale, che la L. 50, pr. D. *De hered. pet.,* lo concepisce anche quando non facciano parte della eredità beni corporali, nè mobili, nè immobili: « Hereditas etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet. » E per la stessa ragione dice Pomponio nella L. 119, D. *De verb. sign.*, che il gius di eredità ha vita in faccia alla legge, anche quando il defunto non ha lasciato che debiti: « Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est. » Se dunque è certo che l' erede, o legittimo o testamentario, può come padrone ipotecare i beni immobili della eredità, deve tenersi per certo altresì che il gius di eredità, come diritto essenzialmente incorporale e universale, non può essere in alcuna maniera capace d' ipoteca.

576. E un gius d'ipoteca può essere ipotecato? Il Gius Romano non solo permette di dare in pegno il nome del debitore,

ossia un credito, ma la L. 1, C. *Si pignus pign. dat.*, dà al creditore il diritto di dare in pegno la cosa ricevuta in pegno dal suo debitore: « Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui repræsentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit. » Gli effetti di questo secondo pegno sono: 1° che il secondo creditore ha l'azione ipotecaria utile, laddove al primo compete l'azione ipotecaria diretta; 2° che il secondo creditore non può esercitare sulla cosa ricevuta in pegno maggiori diritti di quelli che competono al primo da cui ha causa; e 3° finalmente che il secondo pegno dura finchè dura il vincolo del primo, talmentechè il primo e il secondo pegno rimangono sciolti *ipso jure* quando il debitore che diede il pegno paga il suo debito al suo creditore (1). Ma ciò che importa di osservare si è che il Gius Romano accorda la facoltà al creditore di dare in pegno od ipoteca non solo il gius di pegno, ma la stessa cosa ricevuta in pegno, sebbene appartenente in proprietà al primo debitore. Ciò risulta chiaramente dalla L. 2, C. *Si pign. pign. datum:* « Si creditor possessionem, quæ a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit. » Questa Legge parla chiaramente non del diritto di pegno, ma dello stesso fondo vincolato a pegno dato nuovamente in pegno dal primo creditore. E questo secondo pegno costituito dal primo creditore a favore del secondo sulla cosa data in pegno dal primo debitore è tanto efficace, che questi non può domandare la rescissione della vendita della cosa data in pegno fatta dal secondo creditore. È bellissimo l'esempio che arreca la citata L. 1, C. *Si pignus pign. datum sit.* Un debitore dà al suo creditore in ipoteca il semplice usufrutto di un suo fondo A, e il creditore dà in ipoteca ad un suo proprio creditore non l'usufrutto, ma lo stesso fondo A. La citata Legge decide che la vendita del fondo fatta dal secondo creditore è nulla: e ciò perchè il secondo pegno non fu costituito sulla stessa cosa data in pegno al primo creditore. Ma la stessa Legge dice che se al primo creditore fu dato in ipoteca non l'usufrutto, ma il fondo, e che se lo stesso primo creditore ipotecò lo stesso fondo ricevuto in ipo-

(1) Pothier, ad Pand., lib. 20, tit. 3, n. 5 e 6. Brunnemannus ad L. 1, C. Si pignus pign. dat.

teca a favore di un suo proprio creditore; in questo caso la vendita del fondo fatta dal secondo creditore è valida e non può essere in alcuna maniera annullata. Sono questi i principj della Romana Giurisprudenza, quando si tratta di una ipoteca costituita dâ un creditore sul pegno datogli dal suo debitore.

Vediamo ora brevemente se un gius d'ipoteca può essere dal creditore ipotecato a garanzia di un suo debito secondo i principj del Codice Napoleone. Un gius d'ipoteca è certamente un diritto reale radicato sull'immobile ipotecato, che dà luogo ad un'azione reale. Ma un tal diritto, che è di sua natura incorporale, non può annoverarsi tra i beni che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, perchè non è che l'accessorio di una obbligazione, e le obbligazioni sono dall'articolo 529 dichiarate cose mobili per determinazione della legge. Le cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono sono secondo il citato articolo 529 l'usufrutto delle cose immobiliari, le servitù prediali, e le azioni che tendono a rivendicare un immobile. Ma l'azione reale ipotecaria, che deriva dal gius d'ipoteca, è molto diversa dalle azioni che tendono a rivendicare un immobile. Imperocchè l'azione ipotecaria, comecchè reale, non mira a rivendicare l'immobile ipotecato, ma ad ottenere semplicemente col prezzo del medesimo il pagamento del debito, a garanzia del quale l'ipoteca fu costituita. Perciò anche l'azione ipotecaria che nasce dal gius d'ipoteca appartiene alla categoria dei beni mobili, perchè il già citato articolo 529 dichiara, senza distinzione di azioni personali o reali, mobili per determinazione della legge le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari. Sul qual punto tolsero saviamente ogni ombra di dubbio i Codici di Parma e di Modena, dichiarando il primo nell' articolo 384, e il secondo nell' articolo 419, che sono mobili per determinazione della legge le azioni *anche ipotecarie* che hanno per oggetto somme esigibili, o cose mobili. Che se le azioni che tendono a rivendicare un immobile, o che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, non sono, come più sopra abbiamo detto, capaci d'ipoteca, molto meno sarà capace d'ipoteca un gius d'ipoteca, il quale dà luogo ad un'azione appartenente alla categoria dei beni mobili per determinazione della legge. Deve dunque tenersi col Persil (1), col

(1) Art. 2118, n. 15.

Troplong (1), e col Duranton (2), che non si può costituire un' ipoteca sopra un gius d'ipoteca. Ma se il creditore non può acquistare un gius d'ipoteca sopra le ipoteche del proprio debitore, può però ottenere un gius di privilegio sopra i crediti del medesimo a termini dell'articolo 2075, che permette il pegno sopra i mobili incorporali, ossia sopra i crediti mobiliari. Ma fuori del caso di una espressa costituzione di pegno sul credito spettante al debitore nel modo determinato dal detto articolo 2075, altro diritto non resta ai creditori sopra i crediti del proprio debitore che quelli che loro accorda l'articolo 778 del Codice di Procedura. Il quale articolo, se da una parte concede la facoltà ad ogni creditore di farsi inscrivere ad oggetto di conservare i diritti del suo debitore, dall'altra dichiara ancora che la somma, per cui sarà graduato il debitore in concorso dei terzi, dovrà ripartirsi come cosa mobile fra tutti i creditori inscritti ed opponenti prima della sentenza graduatoria.

Resterebbe da investigare, se il creditore ipotecario che ha un gius d'ipoteca sul fondo del suo debitore possa dare il medesimo fondo in ipoteca ad un suo proprio debitore; ma questo punto meglio si lega colla disposizione dell'articolo 2129, e ne parleremo sotto quest'articolo.

577. L'usufrutto, come già si disse superiormente, non solo non dà all'usufruttuario alcuna parte di dominio, ma è anzi incompatibile col dominio, talmentechè insegna Venulejo nella L. 4, D. *Usuf. quem. cav.*, che l'usufrutto si estingue, se l'usufruttuario acquista la proprietà della cosa all'usufrutto sottoposta. Nè osta a questa massima la disposizione della L. 4, D. *De usuf. et quem.*, nella quale è detto che in molti casi l'usufrutto è parte di dominio: « Ususfructus in multis casibus pars dominii est. » Se l'usufrutto fosse di sua natura parte di dominio, lo sarebbe sempre, e non *in multis casibus*, come dice la citata Legge. E quali sono questi casi, in cui l'usufrutto è parte di dominio? Quando viene considerato non come una servitù costituita sulla cosa altrui, ma come il diritto spettante al proprietario di godere della cosa propria. In questa Legge infatti il Brunnemanno trova i germi dell'antica distinzione fatta dai Glossatori dell' usufrutto *formale* e *causale*. Riporterò le parole del Brunne-

(1) Art. 2118, n. 407.
(2) N. 272.

manno, le quali sebbene giustifichino la detta distinzione, mostrano però chiaramente che il vero usufrutto non è e non può essere parte di dominio: « Videtur hæc fuisse mens Jurisconsulti, quod voluerit insinuare divisionem ususfructus in *causalem et formalem.* Nam ususfructus *causalis* est, quando usufructus cum proprietate conjunctus est. *Formalis* est, ubi proprietas est penes unum; usufructus vero penes alium.... Quod hic dicitur, usumfructum esse partem dominii, ei non videtur obstare L. 25, D. *De verb. sign.;* nam aliud est de fundo loqui, aliud de dominio fundi; hujus scilicet pleni et perfecti pars est ususfructus; non vero fundi. De causali pars prima Legis. De formali pars secunda loqui videtur: ubi dicitur, quod ususfructus pure, vel ex die, vel etiam ad diem dari possit. » Se il gius di usufrutto, che è un semplice *jus in re* costituito sulla cosa altrui e che muore colla persona dell'usufruttuario, è capace d'ipoteca, a più forte ragione deve essere d'ipoteca capace il gius reale dell'enfiteusi, il quale dà all'enfiteuta quasi tutti i diritti del proprietario. I testi delle Leggi Romane, i quali parlano dell'enfiteusi, non attribuiscono mai all'enfiteuta alcuna parte di dominio, e perciò il Mackeldey, il quale distingue il *dominium* dai *jura in re aliena,* mette nel numero di questi ultimi le servitù, l'enfiteusi, il diritto di superficie e i diritti di pegno e d'ipoteca (1), e definisce l'enfiteusi: un diritto reale per cui ci serviamo della proprietà altrui come della nostra, e disponiamo della sostanza della cosa, senza poterla però deteriorare, e sotto condizione di coltivarla e migliorarla, e di pagarne tutte le imposte determinate, e un canone fisso (2). Ad ogni modo tali e tanti sono i diritti che nascono dall'enfiteusi, che il Mackeldey dice che l'enfiteuta benchè non proprietario della cosa, gode di quasi tutti i diritti compresi nella proprietà (3). È perciò che tutti i Dottori s'accordano nell'attribuire all'enfiteuta un vero dominio utile sulla cosa, e al padrone cui è dovuto il canone il semplice dominio diretto. Infatti il Fulgineo definisce l'enfiteusi: « Concessio rei immobilis ad tempus vel in perpetuum pro convenuta pensione, seu reditu, domino directo præstando, *in dominii directi*

(1) Man. di Dir. Rom., § 220.
(2) § 311.
(3) § 312.

recognitionem (1). E l' illustre Poggi nel suo classico *Trattato Teorico-Pratico sul Sistema livellare* insegna che il subietto materiale del contratto d'enfiteusi, sul quale cade l'azione materiale dell'industria e dell'opera dell'enfiteuta, consiste nella cosa o nel fondo che vien dedotto in contrattazione; e che il subietto giuridico poi sul quale cade l'azione delle leggi regolatrici di questo contratto consiste nel dominio utile acquistato dal concessionario, ossia nel complesso di tutte le facoltà legittimamente esercibili dall' enfiteuta, purchè non offendano il dominio diretto riservato al concedente (2). E quando il Cencio vuol indicare la differenza sostanziale che passa tra l' enfiteusi e il censo reservativo dice appunto che col censo si trasferisce nel concessionario l' intera proprietà a fronte dell' obbligo del pagamento dell' annuo censo, laddove coll' enfiteusi si trasferisce semplicemente l' utile dominio (3). Anche il Borsari chiama *dominio utile* quel complesso di diritti e di azioni che derivano all' enfiteuta dalla concessione del padrone diretto, sebbene confessi che il Diritto Romano non dava il nome di *dominio utile* al diritto dell' enfiteuta, ma quello semplicemente di gius *in re* (4). Non è qui luogo da notare tutte le differenze che passano tra l' enfiteusi e l' usufrutto, differenze dalle quali risulta la maggiore ampiezza ed estensione dei diritti dell'enfiteuta in confronto di quelli del semplice usufruttuario. A noi basta avvertire che per Diritto Romano il gius enfiteutico è capace d' ipoteca, o, per dir meglio, che l' enfiteuta ha libera facoltà d' ipotecare il fondo del quale ha l' utile dominio senza alcun bisogno dell' assenso del direttario (5).

578. Se tutti gl' Interpreti del Diritto Romano sono d'accordo nell' ammettere che il gius dell' enfiteusi è capace d' ipoteca, regna al contrario gravissima discordia su questo punto tra i Commentatori del Codice Napoleone. L' articolo 2118 di questo Codice, il quale enumera le cose capaci d' ipoteca, non fa parola dell' enfiteusi, a differenza della Legge Repubblicana 11 brumaio anno 7,

(1) De jure emphyt., Præl., quæst. 1, n. 18.
(2) Tomo 2, n. 79.
(3) De censibus, quæst. 1, n. 16 e 17.
(4) Il contratto di enfiteusi, n. 15. p. 13.
(5) Vedi vol. I, n. 71, pag. 71. — Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 4, pr., n. 6.

che contemplava espressamente tanto l'enfiteusi, quanto l'usufrutto (1). Dal confronto dell'articolo 2118 coll'articolo 6 della citata Legge 11 brumaio deduce il Grenier, che l'enfiteusi secondo i principj del Codice Napoleone non è altro che un affitto a lungo tempo; che l'enfiteuta non ha nè dominio utile nè alcun diritto reale sul fondo; e che per conseguenza l'enfiteusi non può essere capace d'ipoteca: « De là (cioè dal detto confronto) il résulte que les jouissances d'un fonds donné par bail d'emphytéose, qui ne pourrait être qu'une espèce de bail de ferme à longues années, et moyennant des charges d'implantations ou améliorations, qui ne sont pas celles ordinaires des baux de ferme, ne seraient pas un objet susceptible d'hypothèque... Le droit du fermier ou du locataire, de quelque durée que soit le bail, n'est pas un droit dans la chose, *jus in re*, mais seulement une action personnelle contre le propriétaire, *ut præstetur ipsi frui licere* (2). »

Delvincourt pensa esso pure che l'antica enfiteusi romana non ha più legale esistenza secondo i principj del Codice Napoleone, salvi gli effetti dell'enfiteusi anteriormente costituite; che l'enfiteusi si risolve in un semplice contratto d'affitto che non attribuisce alcun gius *in re;* e che quindi non è capace d'ipoteca (3).

Il Troplong la pensa diversamente. Fondandosi egli sulla disposizione dell'articolo 543, il quale dichiara che si può avere sopra i beni o un diritto di proprietà, o il semplice diritto di usufrutto, o solamente quello di esigere una qualche servitù, non trova alcuna incompatibilità tra il contratto di enfiteusi e i principj del Codice Napoleone. L'enfiteusi, dice egli, non è un diritto di godimento più forte ancora che quello di usufrutto? Aggiunge che non vi sarebbe alcun vantaggio a togliere dal movimento delle civili contrattazioni un contratto che è favorevole all'agricoltura e che contribuisce a rendere produttivi dei fondi che lasciati in mano del proprietario non sarebbero di alcun valore. Conclude pertanto: « Tenons donc pour constant que le bail emphytéotique subsiste aujourd'hui dans toute sa force et avec les caractères distinctifs qu'il avait dans l'ancien Droit, sauf la durée (4). »

(1) Vedi vol. I, n. 72, pag. 73.
(2) Tom. 1, n. 143.
(3) Tom. 7, pag. 209, Édit. de Demat.
(4) Du contrat de louage, art. 1709, n. 50.

Dice *sauf la durée,* riportandosi ad una Legge dei 18-29 dicembre 1790, la quale non permetteva la stipulazione del contratto di enfiteusi per un termine maggiore di 99 anni. Esaminando poi lo stesso Troplong il punto, se il gius di enfiteusi possa essere ipotecato, dice francamente, rigettando la contraria opinione del Grenier, che il gius di enfiteusi, essendo un diritto immobiliare non meno dell'usufrutto, è e deve tenersi suscettivo d'ipoteca anche secondo i principj del Codice Napoleone (1). Anche il Persil (2) e il Duranton (3) sostengono che l'enfiteusi è conciliabile coi principj del Codice Napoleone, e che è capace d'ipoteca.

Ecco dunque divise in due campi le opinioni dei Dottori su questa importantissima questione. Gli uni riputando inconciliabile coi principj del Codice Napoleone il gius di enfiteusi lo riducono ai termini di un semplice contratto d'affitto, che non può in alcuna maniera essere capace d'ipoteca. Gli altri credono che il contratto di enfiteusi quale fu permesso dalla Legge 18 dicembre 1790 nulla abbia di contrario ai principj del Codice Napoleone, e che sia quindi capace d'ipoteca (4).

In questa lotta a quale opinione ci atterremo? È o no capace d'ipoteca il gius d'enfiteusi secondo i principj del Codice Napoleone? Per risolvere questo dubbio, vuolsi, a parer mio, distinguere le enfiteusi costituite e create prima del Codice Napoleone da quelle costituite dopo la pubblicazione di questo Codice. Le prime, intorno alle quali mi riporto a ciò che ho detto già nel primo volume sotto l'articolo 2099 (5), non possono non ritenersi capaci d'ipoteca. Imperocchè dopo la famosa Costituzione Zenoniana, che determinò la natura del contratto di enfiteusi, distinguendolo dalla vendita e dalla locazione, nessuno ha mai pensato che la enfiteusi debba regolarsi coi principj della locazione, e che all'enfiteuta competa solamente un gius *ad rem* ossia un'azione

(1) Des priv. et hyp., art. 2118, n. 505.
(2) Art. 2118, n. 15.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 268.
(4) Vedi le Decisioni del Supremo Tribunale di Revisione in Parma, Fascicolo I. Opuscolo 5° sull'affrancabilità e mobilizzazione delle enfiteusi, pag. 77, Ediz. Stefano Calderini e Comp., 1852. — Borsari, Il contratto d'enfiteusi, Dottrine, tit. 2, cap. 1, § 9. — Opere del prof. Romagnosi, Giurisprudenza Civile positiva, tomo 3, Ediz. Piatti, 1834, pag. 361.
(5) N. 72, pag. 73.

personale, e tutti sono anzi d'accordo i Dottori nel riconoscere nell'enfiteuta un vero utile dominio. Infatti il Fulgineo indicando le differenze che distinguono l'enfiteusi dalla locazione dice appunto che differiscono tra loro *ratione dominii, quia emphyteuta habet utile dominium, secus autem conductor* (1). Anche l'illustre Poggi distingue l'enfiteusi dalla locazione, per l'utile dominio che ha sul fondo l'enfiteuta, a differenza del conduttore che non vi ha alcuna specie di dominio (2). Posto adunque che dall'enfiteusi costituita anteriormente al Codice Napoleone nasce in favore dell'enfiteuta l'utile dominio sul fondo enfiteutico, non può negarsi all'enfiteuta, che ha un titolo antico anteriore al detto Codice, la facoltà d'ipotecare il suo utile dominio, perchè il citato articolo 2118 dichiara capaci d'ipoteca tutti i beni immobili che sono in commercio, ossia tutti i beni capaci di dominio. Nulla rileva che il detto articolo non faccia alcuna menzione dell'enfiteusi. Imperocchè dichiarando essere suscettibili d'ipoteca *i beni immobiliari che sono in commercio,* comprende sotto una tale categoria tutti i beni immobili che cadono sotto il dominio dei privati, o si tratti di dominio pieno o di meno pieno, ossia utile. Se l'usufruttuario può ipotecare il suo usufrutto che è, come avverte il Borsari (3), un diritto assai più debole dell'enfiteutico, a più forte ragione potrà l'enfiteuta ipotecare il suo utile dominio. Vi è anzi tra l'usufruttuario e l'enfiteuta questa notevolissima differenza, che il primo, il quale non ha sul fondo alcuna specie di dominio, non può ipotecare il fondo, ma semplicemente il suo gius di usufrutto dichiarato dalla legge immobile per l'oggetto cui si riferisce; e che al contrario l'enfiteuta, il quale ha sul fondo un gius di dominio utile, può ipotecare lo stesso fondo, salvi i diritti del direttario.

Ma se si tratterà di enfiteusi costituite e create sotto l'impero del Codice Napoleone, con quale criterio dovremo procedere per giudicare se siano o no capaci d'ipoteca? Dovremo desumere, ad imitazione del Grenier, questo criterio dal confronto dell'articolo 6 della Legge 11 brumaio, che fra le cose capaci d'ipoteca contemplava espressamente tanto l'usufrutto, quanto l'enfiteusi, coll'articolo 2118 del Codice Napoleone che si tace del-

(1) De jure emphyt., Præiud., quæst. 5, n. 9.
(2) Tomo 2, n. 92.
(3) Il contratto d'enfiteusi, n. 44.

l' enfiteusi, nominando solamente l' usufrutto? Io non credo che da ciò possa trarsi un sicuro criterio, perchè i Compilatori del Codice Napoleone potrebbero avere ommessa l' enfiteusi, non già perchè fosse da essi giudicata incapace d' ipoteca, ma perchè la ritenessero compresa sotto o l' una o l' altra delle categorie espressamente contemplate nel detto articolo 2118. Per giudicare, se l' enfiteusi creata sotto il Codice Napoleone sia o no capace d'ipoteca non basta il dire, come fanno alcuni Interpreti: — l' articolo 2118 non mette l'enfiteusi nel numero delle cose capaci d' ipoteca, dunque l' enfiteusi non è capace d' ipoteca. — Bisogna piuttosto indagare la causa di questa ommissione, e vedere se l' enfiteusi possa aver vita legale e sia conciliabile coi principj del Codice Napoleone. Due sono i caratteri principali della enfiteusi: primieramente divisione del gius di proprietà, che si scinde, dirò così, in due parti, l' una chiamata *diretto dominio,* spettante al direttario a cui è dovuto il canone, l' altra *dominio utile*, spettante all'enfiteuta che ha il possesso e il godimento del fondo coll'onere del pagamento del canone. L' altro carattere è quello della perpetuità, in forza del quale l' enfiteusi è in perpetuo trasmissibile *ad quoscumque,* salvi i diritti del direttario. Ora questi caratteri dell' enfiteutesi sono conciliabili coi principj del Codice Napoleone? L' articolo 543 determina i diritti che si possono avere sopra i beni, e sono o il diritto di proprietà, o il semplice diritto di usufrutto, o quello solamente di esigere una qualche servitù. Il diritto di proprietà come si definisce dall' articolo 544? Quest'articolo dice che la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti. Il Codice Napoleone non ammette dunque che la proprietà assoluta e piena. Il dominio *diretto,* e il dominio *utile*, che sono parti incomplete del gius di proprietà, sono sconosciuti al detto Codice, il quale non riconosce altra proprietà, che la proprietà piena ed assoluta. Come dunque il dominio *diretto* del direttario, e l' *utile* dell' enfiteuta possono essere conciliabili col gius di proprietà ammesso dal Codice Napoleone che lo vuole pieno ed assoluto? Come dunque l' enfiteusi, che importa di sua natura la scissione del gius di proprietà in due, cioè in *diretto* e *utile,* potrà essere e dirsi conciliabile coi principj del Codice Napoleone, che vuole il diritto di proprietà assoluto e uno? Ma il Troplong trova conciliabile l' enfiteusi col gius

di usufrutto, e dice anzi che è un usufrutto più pingue: « L'emphytéose n'est-elle pas un droit de jouissance plus marqué et plus caractéristique encore que l'usufruit, puisqu'elle ne s'éteint pas par la mort du possesseur? (1) » Ma appunto perchè l'enfiteusi importa un diritto di godimento *plus marqué et plus caractéristique* che quello dell'usufrutto, non può confondersi col gius di usufrutto, di cui il Codice Napoleone nel titolo terzo del libro secondo determina la natura e i confini. Lungo sarebbe a dire tutte le differenze che passano tra l'enfiteusi e l'usufrutto; ma è certo che l'usufruttuario non ha alcun dominio sulla cosa nè diretto, nè utile; laddove tutti i Dottori s'accordano nell'attribuire all'enfiteuta l'utile dominio del fondo enfiteutico. L'enfiteusi ha certamente molti punti di affinità coll'usufrutto, ma ne ha anche molti, in cui dal medesimo discorda, e principalmente nella qualità del diritto radicato sulla cosa, che nell'enfiteusi è un gius di dominio utile, e nell'usufrutto è assolutamente diverso dal gius di dominio, e si risolve in una semplice servitù personale. Ma se quanto al primo carattere anzidetto l'enfiteusi è inconciliabile coi principj del Codice Napoleone, lo è altresì quanto al secondo, quello cioè della perpetuità. Imperocchè l'articolo 530 stabilisce chiaramente che qualunque rendita perpetua stabilita in correspettività del prezzo d'un immobile venduto, o come condizione della c essione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile. Quando i Compilatori del Codice Napoleone avessero ritenuto conciliabile e compatibile colla nuova legge l'antico contratto d'enfiteusi, non si saprebbe spiegare il perchè avessero poi mancato di determinarne la natura e le condizioni, come hanno fatto per l'affitto, per l'usufrutto, e per la vendita, che coll'enfiteusi hanno alcuni punti di affinità e di somiglianza. Il Troplong (2) si fonda sulla Legge del 1790, che permetteva la stipulazione dell'enfiteusi per un termine non maggiore di anni 99. Ma che importa che una Legge anteriore permettesse la stipulazione del contratto di enfiteusi, se un tale contratto non è compatibile colla Legge posteriore, la quale deve sempre prevalere all'anteriore? Era forse necessaria una espressa abrogazione della Legge del 1790? No. Im-

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 50.
(2) Ibidem.

perocchè non solamente, come insegna il Romagnosi (1), una legge anteriore viene resa senza effetto per una espressa abrogazione o deroga fatta dalla legge posteriore, ma eziandio per una azione tacita della legge posteriore, sia per incompatibilità di disposizioni o di effetti, sia per la cessazione dell' ordine di cose, dal quale fu dettata la legge medesima. Neppure dalla utilità del contratto di enfiteusi può trarre il Troplong un argomento in favore della sua opinione. Imperocchè, se i vantaggi derivanti da un contratto possono essere una giusta causa movente il legislatore a mantenerlo in vigore, non possono mai autorizzare il Giureconsulto, interprete e non autore della legge, ad accordargli quella sanzione che il legislatore non gli ha concessa. Per le quali ragioni io tengo che l' enfiteusi ammessa dal Gius antico sia affatto inconciliabile ed incompatibile coi principj del Codice Napoleone, e che questa sia la sola e vera ragione del silenzio che intorno all'enfiteusi mantiene l'articolo 2118. Ciò posto, i livelli creati sotto l' impero del Codice Napoleone prenderanno necessariamente la forma che è compatibile coi principj e colle massime dello stesso Codice, e si risolveranno o in un contratto di rendita perpetua stabilita come condizione della cessione dell' immobile, o in un contratto di semplice locazione. Si risolveranno in un contratto di rendita perpetua subordinata alla disposizione dell' articolo 530 le enfiteusi stipulate a perpetuità, e ad onta di qualunque patto tutta la proprietà del fondo passerà nel concessionario, essendo inconciliabile coi principj del Codice Napoleone la scissione del dominio in diretto e utile. Si risolveranno in un contratto di semplice locazione le enfiteusi stipulate a tempo determinato, e l'intero dominio rimarrà presso il proprietario concedente (2). I livelli o perpetui o temporanei creati dopo la promulgazione del Codice Napoleone, onde poter sussistere come rendite tollerate, soffrono una modificazione analoga alle disposizioni dello stesso Codice, modificazione la quale viene operata coll' annullamento della irredimibilità e del condominio, incompatibili colla nuova Legge, e col condensare la proprietà tutta o sul concessionario quando si tratta di livelli perpetui, o sul direttario nei livelli temporanei. Quindi è che nei livelli perpetui costituiti sotto l' impero

(1) Condotta delle acque, par. 1, lib. 1.

(2) Romagnosi, Della redimibilità delle rendite perpetue, Ediz. Piatti. tomo 3, § 4, 7 e 9, pag. 402, 406, 413.

del Codice Napoleone, essendo il livellario il vero e pieno proprietario dell' immobile, e il direttario un semplice creditore di una rendita mobiliare e redimibile, il livellario potrà anche disporre del fondo enfiteutico a guisa di padrone e darlo in ipoteca. Al contrario nelle enfiteusi temporarie costituite sotto l' impero del Codice Napoleone, non potendo essere considerato il livellario che come un semplice conduttore non avente alcun gius di utile dominio sul fondo da lui goduto a detto titolo, non potrà sul fondo stesso costituire alcuna ipoteca. In questo modo si spiega il perchè i Compilatori del Codice Napoleone non fecero nell' articolo 2118 menzióne dell' enfiteusi. Imperocchè l' enfiteusi costituita secondo le forme antiche, quella cioè da cui nasceva la divisione del dominio in diretto ed utile, non essendo più compatibile col detto Codice, secondo i principj del quale la proprietà piena ed intera deve tutta essere concentrata e condensata o nel concedente o nell' enfiteuta, non vi era alcun motivo di far menzione dell' enfiteusi fra le cose suscettive d' ipoteca, non potendo più verificarsi nei livelli costituiti sotto la legislazione del Codice Napoleone quell' utile dominio, che secondo le leggi antiche era separato e distinto dal diretto, e di per sè suscettivo d' ipoteca. Io dunque non posso seguire nè la opinione del Grenier, nè quella del Troplong, i quali diversamente decidono il punto, se l' enfiteusi sia capace d' ipoteca secondo i principj del Codice Napoleone. Non quella del Grenier, il quale parificando l' enfiteuta al conduttore dichiara assolutamente l' enfiteusi incapace d' ipoteca: imperocchè per me questa opinione è vera soltanto quando si tratta di enfiteusi temporarie create sotto la legislazione del Codice Napoleone, ed è assolutamente da rigettarsi nel caso di enfiteusi perpetue. Non quella del Troplong, il quale opina che l' enfiteusi con tutti i caratteri ond' era anticamente rivestita è conciliabile coi principj del Codice Napoleone, e che quindi è assolutamente capace d' ipoteca. Imperocchè, secondo la distinzione che abbiamo fatta colla scorta dell' immortale Romagnosi, o l' enfiteuta ha il pieno ed assoluto dominio, lo che avviene appunto nei livelli perpetui costituiti e creati sotto la legislazione del Codice Napoleone, e allora può ipotecare il fondo come qualunque proprietario che ha la proprietà piena ed assoluta del fondo da ipotecarsi. O ne ha il semplice godimento a guisa di un conduttore, lo che ha luogo, come si disse, nelle enfiteusi temporarie, e allora non ha

alcun diritto d'ipotecare il fondo di cui ha il godimento a titolo di enfiteusi. Ecco come io risolvo il dubbio, se l'enfiteusi costituita sotto la legislazione del Codice Napoleone sia o no capace d'ipoteca.

579. Esaminiamo ora brevemente, se sia capace d'ipoteca il diretto dominio del direttario. È fuori di dubbio che il direttario, a cui dall'enfiteuta si paga l'annuo canone, ha secondo il Gius antico un vero dominio diretto sul fondo enfiteutico, ed è in ciò principalmente che il contratto d'enfiteusi si distingue dal contratto censuale, nel quale, come insegna il Vinnio (1), l'intero dominio si trasferisce nel debitore del censo: « Simillimus contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum et directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra. » Il direttario non è quindi un semplice creditore del canone, ma un vero padrone del fondo enfiteutico, a cui compete anche l'azione di rivendicazione (2). Perciò il gius del direttario non può non essere secondo i principj dell'antica Giurisprudenza capace d'ipoteca (3).

Ma sarà il diretto dominio del direttario capace altresì d'ipoteca secondo i principj del Codice Napoleone? Anche su questo punto bisogna fare la stessa distinzione che abbiamo fatta nell'antecedente numero, bisogna cioè distinguere le enfiteusi create e costituite prima del Codice Napoleone da quelle costituite dopo la pubblicazione di questo Codice. Nel primo caso il diretto dominio già acquistato dal direttario prima della promulgazione del Codice Napoleone non può non essere capace d'ipoteca anche sotto la legislazione di questo Codice per la ragione semplicissima che secondo l'articolo 2118 tutti i beni immobili che sono nel dominio dei privati sono suscettivi d'ipoteca. Ed io non potrei soscrivermi all'opinione del sommo Romagnosi, il quale (4) vuole subordinati alla disposizione dell'articolo 530 anche gli antichi livelli creati prima del Codice

(1) Comment. Instit., lib. 3, tit. 25, § 3, n. 9.

(2) Zanchius, De prælat. credit., exerc., 2, § 6, n. 139. Fulgineus, De jure emph.; De div. quæst. emph., quæst. 8, n. 1.

(3) Vedi vol. I, n. 73, pag. 74.

(4) Op. cit. al n. 578, pag. 102.

Napoleone, riducendo così il diretto dominio ad un credito dell'annuo canone garantito con privilegio. Quando si dovesse accogliere questa opinione, il gius del direttario non potrebbe essere capace d'ipoteca, perchè i crediti comecchè garantiti con privilegio, essendo cosa mobile, non possono essere d'ipoteca capaci. Ma quest'opinione trova, a parer mio, un ostacolo nella disposizione della L. 7, C. *De legibus,* alla quale ha fatto eco l'articolo 2 del Codice Napoleone dichiarando che la legge non dispone che per l'avvenire e che non può avere effetto retroattivo. E siccome lo stesso Romagnosi difende la sua opinione dall'accusa che potrebbe esserle apposta di far retroagire la legge, riporterò le stesse sue parole che sono le seguenti: « Ognuno vede di leggieri, che colle nuove disposizioni nulla vien tolto all'interesse del livellante; imperocchè la sua rendita dura tuttavia, nè da lei vien sottratto neppur un centesimo. Dunque il livellante lagnar non si può che la nuova legge a lui tolga quanto all'entrata sua ordinaria nemmen un jota del suo diritto quesito. Ciò che dicesi della sostanza e dell'entità stessa della rendita, deve pur dirsi della sicurezza ad esigerla. Col ritenere il privilegio ne trova egualmente sicura la percezione. In nulla poi vien nociuto ai diritti eventuali del livellante, nè quanto al diritto di ritorno di un livello perpetuo nel caso ove la posterità o mascolina o femminina venisse ad estinguersi, nè quanto al diritto di caducità per la mora biennale o triennale del livellario a pagare la rendita. Niuna legge e niun principio sotto al nuovo sistema vieta al livellante l'esercizio di questi diritti.... Si farebbe ingiustamente retroagire la legge, se limitandosi alla semplice abolizione del vincolo immobiliare, si volesse dedurne l'assoluta libertà del fondo, e compromettere la sorte del creditore, togliendogli ogni futura sicurezza all'esazione del suo credito. Due operazioni pertanto conviene ravvisare nel Codice Napoleone su di questo punto, la prima negativa, la seconda positiva: la prima abolitiva e la seconda sostitutiva. La prima consiste nell'abolire il *jus in re,* ossia il vincolo immobiliare: la seconda nel sostituire la natura mobiliare, ed il privilegio sul fondo per la esigenza del nuovo credito mobiliare. » Io non sono sì ardito e temerario da tentare di confutare un Romagnosi. Ma mi sia lecito osservare che il diritto quesito del direttario, quando subir dovesse la trasformazione voluta dal Romagnosi, rimarrebbe

sempre pregiudicato e leso. Infatti il diritto di privilegio, per quanto possa garantire ed assicurare il pagamento del canone, è sempre un diritto meno forte e meno prezioso del gius di dominio. Il diritto di privilegio deve essere inscritto, il gius di dominio non è soggetto ad alcun obbligo d'inscrizione. Aprendosi un giudizio o di espropriazione o di purgazione del fondo enfiteutico, il direttario per la conservazione del suo gius di dominio non ha bisogno di comparire e domandar grado tra i creditori del livellario. Al contrario quando il dominio diretto fosse ridotto ad un gius di credito privilegiato, il direttario dovrebbe domandar grado per la conservazione del suo privilegio, condannato esso pure alle vicende a cui sono esposti gli altri privilegi costituiti sui beni immobili. Di più ancora, il direttario può dare in ipoteca ai suoi creditori il gius di dominio diretto a lui spettante sul fondo enfiteutico. Al contrario sul suo gius ridotto a credito privilegiato non potrebbe mai essere costituita alcuna ipoteca. Io pertanto credo e tengo per fermo che anche dopo la pubblicazione del Codice Napoleone i livellanti abbiano conservato in tutta la loro integrità il diretto dominio già acquistato dei fondi dati in enfiteusi in epoca anteriore alla detta pubblicazione, e che per conseguenza il diretto dominio delle enfiteusi costituite e create anteriormente al lodato Codice sia anche sotto l'impero del medesimo capace e suscettibile d'ipoteca.

Ma se si tratterà di enfiteusi costituite e create sotto la legislazione del Codice Napoleone, in tal caso bisogna fare la distinzione già fatta di sopra quando si è parlato del gius dell'enfiteuta; bisogna distinguere, cioè, le enfiteusi temporarie dalle perpetue. Nel primo caso risolvendosi l'enfiteusi in una locazione, il livellante ha egli solo il diritto d'ipotecare il fondo enfiteutico, come quello che gli appartiene in piena proprietà. Nel secondo caso il gius del livellante non può essere in alcuna maniera capace d'ipoteca per la ragione già detta più sopra, che sotto l'influenza del Codice Napoleone il gius del livellante non è e non può essere un gius di dominio, che passa intero nel livellario debitore del canone ossia della rendita livellaria, ma si risolve in un mero gius di credito garantito con privilegio sul fondo enfiteutico.

580. Abbiamo parlato dell'usufrutto e dell'enfiteusi. Ora

diremo brevemente del gius del conduttore di beni immobili. Nella locazione il locatore non solo conserva l'intero dominio del fondo dato in affitto, ma il conduttore neppure acquista alcuna specie di gius *in re aliena* (1), e l'azione *ex conducto* che gli accorda la L. 15, D. *Locat.*, è un' azione personale. La locazione, o sia a breve o a lungo tempo, produce gli stessi effetti, come risulta dalla L. 10, C. *De locato,* sì in faccia alle parti contraenti, come ai loro eredi. Perchè infatti il conduttore contro l'indole e natura del contratto potrà acquistare un gius *in re* sulla cosa presa in affitto, se il contratto è a tempo lungo o perpetuo, e invece avere semplicemente un gius *ad rem*, ossia un' azione personale, se è a tempo breve? Egli è perciò che il Vinnio non vuole si desuma un criterio dal tempo più o meno lungo per giudicare in caso di dubbio, se un contratto sia un' enfiteusi o un semplice affitto, ma unicamente dall' indole della stipulata convenzione, per la ragione appunto che *locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii* (2); e combatte l'opinione del Cujacio e di altri, i quali pretendono di parificare le locazioni a lungo tempo al contratto di enfiteusi. Anche il Voet insegna che la lunghezza del tempo fissato alla durata dell' affitto non può aver forza di cambiare il gius *ad rem* proprio del contratto di locazione in un diritto reale: « Magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quæratur jus in re, ne ex accidenti aliquo temporis, quod ne obligationem quidem inducere aut perimere potest, negotium classi jurium ad rem subductum in numerum jurium in re transferatur (3). » Nè all'opinione del Vinnio e del Voet osta la disposizione della L. 1, § 1, D. *Si ager vectig.,* la quale nel caso di affitto perpetuo dei fondi delle Città accorda al conduttore un gius *in re*: « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem. » Ho detto che all' opinione del Voet e del Vinnio non osta la disposizione della citata Legge, perchè ciò che essa stabilisce riguarda i conduttori dei fondi pubblici

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 25, pr.
(2) Comment. Instit., lib. 3, tit. 25, § 3, n. 3.
(3) Lib. 19, tit. 2, n. 1.

o delle Città, ai quali, come insegna il Brunnemanno (1), era accordato in via di eccezione il gius *in re* anche nel caso di affitto a breve tempo: « Non agitur hic nisi de Civitatis et Reipublicæ agris, et horum conductores, sive in perpetuum, sive ad tempus etiam modicum locati fuerint, habent jus reale, seu *in re*, quod in conductoribus agrorum publicorum est speciale. » La citata Legge non può certamente giustificare la opinione di quegli Interpreti, che vogliono parificare le locazioni perpetue o a lungo tempo alle enfiteusi; ma il Brunnemanno nota come la esagerata interpretazione di detta Legge ha dato credito e forza alla distinzione che si è introdotta tra le locazioni a breve tempo e le locazioni perpetue o a lungo tempo, e alla massima, oramai ricevuta da tutti, che il gius del conduttore nelle locazioni a lungo tempo o perpetue è un gius *in re* non diverso dall'utile dominio dell'enfiteuta: « Communiter tamen Doctores hanc Legem ita intelligunt, quod, qui in perpetuum conduxit prædium, habeat in rem actionem, etiam contra ipsum dominum. » Possiamo dunque dire che l'opinione degli Interpreti, giustamente criticati dal Borsari (2), appoggiata alla falsa interpretazione della Legge or ora citata, ha cambiato natura alle locazioni perpetue e a quelle a lungo tempo, trasformandole in un contratto di enfiteusi o poco diverso dall'enfiteusi, in cui viene attribuito al conduttore, come all'enfiteuta, un utile dominio sul fondo preso in affitto. Citerò, per tacere degli altri, il Fulgineo, il quale mette la traslazione dell'utile dominio come uno dei caratteri che la locazione a lungo tempo ha comune coll'enfiteusi: » Conveniunt autem in multis emphyteusis et locatio in longum tempus.... 1° quia in utroque contractu transfertur utile dominium (3). » Anche l'illustre Poggi (4) facendosi a mostrare le analogie che passano tra le locazioni a lungo tempo o perpetue e le enfiteusi, dichiara che secondo l'opinione dei Dottori, dei Trattatisti e dei Pratici le locazioni a lungo tempo e le enfiteusi differiscono tra loro più nel nome che nella sostanza, e sono sottoposte alle medesime discipline e norme giuridiche. Il Romagnosi esso pure ammette una sostanziale diffe-

(1) Ad Leg. 1, D. Si ager vectig.
(2) Il contratto d'enfiteusi, n. 49.
(3) De jure emph., Prælud., qu. 5, n. 16 e 17.
(4) Tomo 2, n. 92 e 96.

renza tra le locazioni perpetue e le temporarie in ciò appunto che in queste ultime, com' egli dice, non fu mai attribuito al conduttore alcun gius *in re*, laddove nelle prime gli fu sempre accordato un gius *in re* che si risolve in un gius di dominio (1). Da ciò che abbiamo detto sinora risulta adunque che secondo i principj di Gius Comune il diritto del conduttore è diverso secondo che trattasi di affitto a lungo tempo oppure a breve tempo. Nel primo caso tutti o quasi tutti i Dottori s' accordano nell' attribuire al conduttore un gius *in re* non diverso dall' utile dominio che nell' enfiteusi compete al livellario. Nel secondo caso tutti sono unanimi nell' attribuire al conduttore il solo gius *ad rem* e la semplice azione personale.

Il Codice Napoleone ha saviamente proscritte le locazioni perpetue, incompatibili, come dice il Troplong (2), coi principj di libertà sanzionati in favore delle persone e delle cose. L' articolo 1709 infatti dichiara che la locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti s' obbliga di lasciare all' altra il godimento d' una cosa *per un determinato tempo*, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle. Questo determinato tempo è lasciato all' arbitrio dei contraenti, i quali possono fissarlo o lungo o breve. Ma qualunque esso sia, il gius del conduttore è sempre lo stesso, chè i saggi Compilatori del Codice Napoleone non adottarono la distinzione antica tra le locazioni a breve tempo e quelle a lungo tempo, non volendo che l' accidente del tempo possa e debba influire a cambiare la natura del contratto e a modificare in ragione della brevità o lunghezza i diritti del conduttore. Perciò, prescindendo dal tempo che o lungo o breve non altera i diritti del conduttore, ci faremo ad analizzare colla solita brevità la natura del gius che acquista il conduttore secondo i principj del Codice Napoleone. Determinata la natura di un tale diritto, ci sarà facile giudicare se sia o no capace d' ipoteca.

Il Troplong separandosi dalla schiera degli altri Giureconsulti Francesi si fa promotore di una nuova dottrina, di cui dà a sè il vanto della invenzione. Questa nuova dottrina si è che il gius del conduttore è secondo le massime del Codice Napoleone non un gius *ad rem*, ossia personale, ma *in re* e quindi immobiliare.

(1) Romagnosi Opere, Giurisp. Civ., Ediz. Piatti, tomo 3, nota 2, pag. 386.
(2) Du contrat de louage, art. 1709, n. 4.

Egli non dissimula l'arditezza del suo concetto, ma non per questo, forte delle sue profonde convinzioni, cede ai colpi che da tutte parti gli sono lanciati, e si tiene talmente sicuro della vittoria, che non si rimane dal profetizzare, che la vecchia scuola dovrà piegare il capo alla nuova dottrina, alla quale non può non far plauso coll'andare del tempo la moderna Giurisprudenza. Ecco le sue parole: « Je sais que je suis le premier écrivain qui ait soutenu que le bail est, sous le Code Civil, la source d'un droit réel. Je l'avouerai sans peine; cette doctrine n'a pas encore pour elle la sanction de la jurisprudence.... Delvincourt, Proudhon, Duranton, Toullier, se sont même élevés avec force contre toute idée de droit réel appliquée au contrat de louage. Mais, malgré toute l'autorité qui s'attache aux opinions réunies de ces savants auteurs, je n'en persiste pas moins à penser que mes assertions n'ont rien de téméraire, et qu'elles trouvent dans l'art. 1743 un fondement *inébranlable*..... L'opinion contraire, toute respectable qu'elle est par l'unanimité de ses défenseurs, pourrait bien, après tout, n'être qu'un débris de l'ancienne jurisprudence et un préjugé dont probablement la science finira tôt ou tard par se débarrasser (1). « Siccome la teoria del Troplong è una nuova dottrina, la quale quando fosse ammessa opererebbe una vera rivoluzione nel contratto di locazione, che è stato sempre considerato dagli Interpreti del Codice Napoleone siccome la sorgente di un semplice gius *ad rem*, anzichè di un gius *in re*, credo necessario riportare le stesse parole dell'illustre Giureconsulto, che se ne fa inventore e maestro. Primieramente confessa che l'affitto « ne crée pas au profit du preneur un de ces démembrements de la chose qui, comme l'usufruit, l'usage, ou la servitude, appauvrissent le propriétaire, et lui enlèvent une portion importante du plein domaine de la chose. » Dice che l'affitto è pel padrone « un moyen de tirer parti de l'immeuble, tout en conservant la substance (2). » Premessa questa dichiarazione, di cui giova prender atto, soggiunge: « Toutefois reconnaissons une chose; c'est que, quoique le propriétaire possède l'immeuble loué, il impose cependant une sorte de restriction à son droit d'user et d'abuser..... Cette limitation du droit de propriété, que Connanus appelait *patientia*

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 8 e 20.
(2) Loc. cit., art. 1709, n. 4.

locatoris, est certainement une charge. A la vérité, cette charge est dans l'intérêt de la chose; le plus souvent elle lui est avantageuse; elle compense largement l'interdiction peu importante à laquelle le propriétaire s'est soumis, non pour s'appauvrir, mais pour s'enrichir. Charge productive, on ne peut dire qu'elle contienne aliénation réelle d'un fragment du domaine. Mais enfin elle impose une souffrance au maître, et il n'est même pas impossible qu'elle devienne accidentellement gênante, par exemple si les baux sont anciens et que la valeur des immeubles ait augmenté: dans ce cas, il faut que le propriétaire attende la fin du bail pour se débarrasser des locataires et des fermiers qui occupent les lieux, et pour leur substituer des baillistes qui payent plus cher. C'est là un empêchement que le propriétaire doit nécessairement subir; empêchement qui affecte la chose, et qui, la suivant en quelque mains qu'elle passe, semble constituer, d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier, c'est-à-dire un droit absolu, et non pas seulement un rapport particulier entre le bailleur et le preneur (1). » Ma la prova principale che il diritto del conduttore è un gius *in re*, e non un semplice gius *ad rem*, la desume il Troplong dall'articolo 1743, intorno al quale così si esprime: « L'article 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé le caractère de ce contrat; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (*jus ad rem*) à la catégorie des droits absolus (*jus in re*) (2). » Dispone quest'articolo 1743 che se il proprietario vende la cosa locata, il compratore non può espellere l'affittuario o l'inquilino, il quale abbia una scrittura di locazione autentica o di data certa, purchè il proprietario stesso non siasi riservato un tale diritto nel contratto di locazione. La disposizione del quale articolo è una modificazione della massima proclamata dalla L. 9, C. *De loc.*, secondo la quale il compratore di un fondo già affittato non è obbligato a rispettare la locazione. Dal confronto di questa Legge del Codice Giustinianeo colla disposizione del detto articolo 1743, che obbliga il compratore a rispettare l'antecedente locazione, conclude il Troplong che l'affitto non produce più rapporti semplicemente personali, e che vincola la cosa: « il réagit sur la chose,

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 5.
(2) Du contrat de louage, art. 1743, n. 473.

il l'affecte, il l'embrasse de son étreinte (1). » Se il successore particolare è obbligato, dice il Troplong, a prendere la cosa col carico dell'affitto, se l'affitto accompagna la cosa anche quando la cosa stessa esce dalle mani del locatore, il diritto del conduttore è dunque un diritto assoluto; e se è un diritto assoluto, è un diritto reale, perchè ogni diritto assoluto è un diritto reale (2). Ma sebbene il Troplong ammetta e sostenga essere reale il diritto del conduttore, cioè inerente al fondo locato, dice però che è totalmente diverso da quello dell' usufrutto, il quale è rivale al gius del proprietario, mentre il diritto del conduttore ne è un utile alleato: « Mais si on veut prétendre que ce droit réel démembre le domaine de la chose louée, mon esprit répugnera à cette assertion. Le fermier ne prend d'une main que pour rendre de l'autre; ce qu'il recueille en nature, il le restitue en fruits civils. Son droit ne s'assied sur la chose, que pour qu'elle ne soit pas stérile pour le maître. Il est puissance auxiliaire et non puissance rivale. On ne saurait donc donner au bail le nom de démembrement, comme à l'usufruit et à la servitude (3). » È veramente curiosa l'analisi che fa il Troplong della natura di questo diritto reale del conduttore, che s' incorpora alla proprietà quasi come una macchina esterna dalla medesima proprietà distinta per renderla feconda e produttiva: « Je compare le bail à un élément étranger, qui s'incorpore à la chose pour en faire sortir les produits, à peu près comme un réservoir qu'on applique à une lampe pour lui fournir l'aliment qui entretient la lumière. Donc, par cela même qu'il s'y ajoute, il ne le démembre pas; il le met en état de rapport au lieu de le fractionner; il rend la propriété féconde au lieu d'en retrancher aucune de ses parties utiles (4). » Confessa peraltro il Troplong che questo diritto reale del conduttore, cui esso applica al fondo quasi come una macchina destinata a farlo fruttare, non è nè parte di dominio, nè gius di usufrutto, nè servitù prediale, nè ipoteca, ma un diritto reale di nuova specie, sconosciuto alla Romana Giurisprudenza, che deve la sua origine al Codice Napoleone. E perciò si scaglia l' illustre Giureconsulto con eloquenti parole contro i suoi oppositori, solo

(1) Du contrat de louage, art. 1743, n. 491.
(2) Loc. cit., art. 1709, n. 6.
(3) Loc. cit., art. 1709, n. 6.
(4) Loc. cit., art. 1709, n. 6.

in campo contro tutti, i quali negano la legittimità dei natali al detto gius reale del conduttore perchè non ne trovano l'origine nel Corpo delle Romane Leggi. Trattandosi di una dottrina nuova, il Lettore avrà caro ch'io riporti le stesse parole del Troplong: « Jadis, le bail était fort différent de ce que le Code Civil l'a fait pour nous; il ne suivait pas la chose; il périssait avec l'aliénation de l'immeuble; il ne donnait qu'un droit relatif. Aujourd'hui il affecte la chose, il demeure imprimé sur elle, malgré les sous-aliénations: le voilà donc qui s'élève, malgré tous les précédents connus, dans la classe des droits réels. Mais est-ce notre faute, à nous Interprètes du Code Civil, qui devons constater les innovations de la loi actuelle, et non les répudier; est-ce notre faute si ce nouveau droit réel, créé en faveur du bailliste, ne dérive pas de la même source que ceux que l'ancienne jurisprudence comprenait dans ses catégories? Est-il en notre pouvoir d'empêcher que le Code Civil ait rendu absolu, de relatif qu'il était auparavant, un droit imposé sur la chose pour l'utiliser dans l'intérêt du maître, bien plutôt que pour le démembrer? Pouvons-nous faire qu'un droit qui met une chose en valeur dans l'intérêt du propriétaire, et lui assure le moyen d'en percevoir les fruits, soit un véritable démembrement de la chose dans le sens qui, jusqu'à ce jour, a été attribué à ce mot? Pouvons-nous faire, d'un autre côté, qu'un droit que les tiers sont obligés de respecter, ne soit pas un droit absolu, ou, en d'autres termes, un droit réel (1)? Conclude quindi il Troplong che il diritto del conduttore essendo reale secondo i principj del Codice Napoleone, deve annoverarsi fra i diritti immobiliari, essendo immobile il fondo su cui è radicato: « Or il me semble que le droit du fermier est, sous le Code Civil, un droit immobilier. La raison en est simple. Le bail donne le *jus in re;* il s'imprime sur la chose et la suit malgré les sous-aliénations: donc il est immobilier comme la chose à laquelle il s'applique (2). » La conseguenza è logica. Se il diritto del conduttore è reale, deve essere annoverato tra i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono.

Ma la nuova dottrina del Troplong è propriamente vera? A questa nuova dottrina la Giurisprudenza moderna, posti in non

(1) Loc. cit., art. 1709, n. 7.
(2) Loc. cit., art. 1709, n. 15.

cale gli antichi principj siccome vieti e rancidi, dovrà far plauso, battendo le mani al suo scopritore e maestro? Io non sarò, mi perdoni l'illustre Troplong, nel numero dei plaudenti, e soldato fedele alla vecchia bandiera prenderò anch'io in mano le armi, comecchè deboli e non use ai trionfi, per difendere secondo mie forze la libertà dei fondi minacciata dalla nuova dottrina. E se alcuno di quelli, pei quali l'autorità dei nomi val più che la ragione dei principj, vedendomi armato contro il Troplong mi garrirà come un temerario, consigliandomi a rimanermi dalla lotta disuguale, non mi ricovererò già all'ombra proteggitrice degli eminenti Giureconsulti che la nuova dottrina avversano e ripudiano, ma gli farò quella stessa risposta che fa il Troplong in questa medesima questione ai suoi avversarj potenti di autorità e di numero: « Mais pourquoi hésiterais-je à soumettre au public éclairé mes dissentiments et mes doutes? Une idée consciencieuse a toujours droit à son attention et à son impartialité (1). » Io non pretendo e non voglio ingolfarmi nelle questioni, che riguardano la materia delle locazioni; ma siccome il punto di cui discorro si lega colla materia ipotecaria, non potendosi decidere se il gius del conduttore sia o no suscettivo d'ipoteca, se di questo non è determinata l'indole e la natura, il lettore mi avrà per iscusato, se alcun poco lo intrattengo nell'esame dei diritti che il contratto di locazione attribuisce al conduttore.

È egli vero che l'affitto romano, come dice il Troplong, era molto diverso da quello che è sotto la legislazione del Codice Napoleone? Come si definisce l'antico affitto romano? Ecco la definizione che ne dà il Vinnio: « Locatio conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei certa merces præstetur (2). » A questa definizione non s'accorda forse quella che ne dà nei seguenti termini l'articolo 1709: « La locazione delle cose è un contratto col quale una delle parti contraenti s'obbliga di lasciare all'altra il godimento d'una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle? » Ma lasciamo da parte la definizione del Vinnio, e prendiamo invece quella del Pothier così concepita: « Un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un cer-

(1) Loc. cit., art. 1709, n. 15.
(2) Comment. Instit., lib. 3, tit. 25, pr.

tain prix que l'autre de son côté s'oblige de lui payer (1). » Di questa definizione del Pothier non è una fedelissima ripetizione quella dell'articolo 1709? Eppure il Pothier dà al conduttore un semplice *jus ad rem* (2). Se la definizione dell'affitto data secondo gli antichi principj delle Leggi Romane s'accorda perfettamente con quella del Codice Napoleone, e se è vero che la definizione esprime l'essenza e la natura delle cose, non so come possa dire il Troplong che l'affitto romano *était fort différent de ce que le Code Civil l'a fait.* Questa perfetta uniformità tra la definizione antica e la definizione data dal Codice Napoleone è di grande importanza per la ragione che la definizione, come insegna Cicerone, esprime l'essenza della cosa: « Omnis, quæ a ratione suscipitur, de aliqua re institutio, debet a definitione proficisci, ut intelligatur, quid sit id, de quo disputetur (3). » Al dire del Troplong, sebbene il locatore conservi interamente il dominio e il civile possesso del fondo locato, impone però a sè stesso col contratto d'affitto una limitazione e restrizione al diritto d'usare e di abusare a suo talento della cosa propria. Ciò è verissimo. Ma questa restrizione che il locatore deve subire, costituisce forse un diritto *in re* sul fondo locato a favore del conduttore? Questa restrizione è imposta al locatore proprietario non già da alcun diritto reale acquistato sul fondo dal conduttore, ma unicamente dalla semplice obbligazione assunta dal locatore col contratto di locazione. Ogni obbligazione è un vincolo, e persino nei contratti gratuiti l'obbligazione per generosità assunta impone legami e impedimenti che non è più in facoltà del liberale contraente di rompere e disprezzare. È bello il ricordare a questo proposito l'insegnamento dato da Paolo nella L. 17, § 3, D. *Commodati:* « Sicuti autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est, postquam commodavit), tunc finem præscribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. » Se da questo vincolo rimane legato il commodante nel contratto di commodato, il quale *solam utilitatem*, come dice Ulpiano nella

(1) Du contrat de louage, p. 1, chap. 1, n. 1.
(2) Du contrat de louage, p. 4, chap. 2, n. 277.
(3) De offic., lib. 1, cap. 2.

L. 3, § 2, D. *Commod., continet ejus cui commodatur*, a più forte ragione ne resta legato il locatore nel contratto di locazione, che è nel numero dei contratti correspettivi, *ubi utriusque utilitas vertitur*, come dice lo stesso Ulpiano nel detto § 2 della Legge or citata. Se nel contratto di locazione il conduttore rimane obbligato di usare e godere della cosa locata da buon padre di famiglia e di pagare ai debiti tempi la convenuta pensione, anche il locatore deve soffrire e permettere che il conduttore goda della cosa e ne percepisca i frutti. Non dice anche il Troplong che l'affitto è pel padrone *un moyen de tirer parti de l'immeuble, une manière de le mettre en rapport et d'en retirer des fruits* (1)? È appunto in grazia di questo vincolo contratto dal locatore, onde rimane legata e impedita la naturale libertà di usare e di abusare della cosa, che le Leggi Romane, mentre danno al locatore l'azione personale *locati* contro il conduttore per l'esecuzione del contratto, attribuiscono dall'altra parte al conduttore l'azione corrispondente *conducti* contro il locatore, la quale mira principalmente, come dice Ulpiano nella L. 15, pr. e § 1, D, *Locati*, ad assicurare al conduttore l'uso e il godimento della cosa presa in affitto: « Competit autem ex his causis fere: ut puta, si re, quam conduxit, frui ei non liceat. » E nell'articolo 1719 non stabilisce il Codice Napoleone che il locatore è tenuto per la natura del contratto, e senza bisogno di alcuna speciale stipulazione, di consegnare al conduttore la cosa locata, di mantener questa in istato di poter servire all'uso per cui venne locata, e di fare che il conduttore ne abbia il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione? A che dunque il Troplong mette in campo la limitazione al diritto di usare e di abusare della cosa, che deve dal locatore subirsi in grazia del contratto, limitazione bellamente chiamata da Paolo *patientia fruendi* nella L. 24, § 4, D. *Locati*, a che, dico, mette in campo la detta limitazione per farne scaturire a vantaggio del conduttore un diritto nuovo, cioè un gius *in re* radicato sulla cosa, e sconosciuto alla Romana Giurisprudenza? È verissimo che il proprietario che affitta *impose cependant une sorte de restriction à son droit d'user et d'abuser*. È verissimo che questa limitazione *est une charge*. È verissimo che questo peso *impose une souffrance au maître*. Ma questo peso, questo vincolo, questa restrizione, questa li-

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 4.

mitazione, che il contratto d'affitto impone al locatore, sono forse creazioni del Codice Napoleone sconosciute al Romano Diritto? Non sono invece figli legittimi e naturali della obbligazione che secondo il Codice nuovo lega il locatore nel contratto di locazione colla stessa forza e collo stesso vincolo onde legavalo secondo gli eterni principii delle Leggi Romane? Non dice chiaramente l'articolo 1719, che il locatore è tenuto per la natura del contratto di fare che il conduttore abbia il pacifico godimento della cosa per tutto il tempo della locazione? Questa disposizione, pienamente conforme ai principii stabiliti dal Gius Romano nel contratto di locazione, non è la causa di quella restrizione, limitazione, pazienza, di cui il Troplong si dà tanta pena pel povero padrone? E questa disposizione non mette chiaramente la pazienza, a cui è condannato il proprietario, sotto la semplice di lui responsabilità personale, derivante dalla natura stessa del contratto anche senza bisogno di alcuna speciale stipulazione?

Sa bene il Troplong che quando su questo terreno dovesse armeggiare in difesa della nuova dottrina, tutti gli sforzi per sostenerla tornerebbero vani, e gli fallirebbe la speranza del desiderato trionfo. Imperocchè tanto secondo i principj della Romana Giurisprudenza, quanto secondo quelli del Codice Napoleone, le limitazioni e restrizioni imposte al locatore sono una conseguenza immediata e diretta della obbligazione personale da lui assunta verso il conduttore nel contratto di locazione. Su altro campo trasporta il Troplong il combattimento, e dall' altò di una torre che ha per base l' articolo 1743 grida ad alta voce contro i difensori dell' antica dottrina: « Les principes de l'ancienne jurisprudence seront envain conjurés contre moi. Je les repousse comme étant sans force, depuis que le Code a fait du droit du fermier quelque chose qui survit à l'aliénation de l'immeuble, et subsiste sans convention à l'égard des tiers (1). » Il Troplong trova un fondamento *inébranlable* alla sua dottrina nell' articolo 1743, dal quale crede di poter trarre una prova incontrastabile della trasformazione operata dal Codice Napoleone del diritto *ad rem* del conduttore in un diritto reale. Ma è egli vero che l' articolo 1743 ha operata una rivoluzione nel contratto di locazione, trasformando il gius *ad rem* del conduttore in un

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 15.

gius *in re?* Io non sono di quest' avviso. È verissimo che secondo i principj della Romana Giurisprudenza il compratore non è tenuto a rispettare la locazione del fondo acquistato. La L. 9, C. *De loc. et cond.,* non lascia su ciò alcun dubbio: « Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit. » Ma siccome il conduttore avea salva l' azione *conducti* contro il locatore che avea venduto per ripetere l' emenda dei danni; così Gajo nella L. 25, § 1, D. *Locati,* consiglia il locatore che vende il fondo locato ad obbligare con un patto espresso il compratore a rispettare la locazione: « Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel ædes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. » Senza un patto espresso stipulato tra il locatore e il compratore del fondo affittato, che obbligasse lo stesso compratore a rispettare l' affitto, la sorte del conduttore era rimessa all' arbitrio del compratore, il quale non essendo per legge obbligato ad osservare il contratto d' affitto, avea pienissima facoltà di espellerlo. Le conseguenze fatali della alienazione neppur si potevano evitare dal conduttore, quando l' affitto fosse stato garantito dal locatore o con una ipoteca generale sui beni dello stesso locatore o con una ipoteca speciale sullo stesso fondo affittato. Imperocchè una tale ipoteca non poteva avere altro effetto che di assicurare al conduttore nel caso di espulsione l' emenda dei danni ed interessi, cui avea diritto di reclamare coll' azione *ex conducto* (1). Non deve però tacersi che non tutti i Forensi convenivano nell' accordare al compratore il diritto di espellere il conduttore, se questi avea l' ipoteca a garanzia del contratto, e massime se l' ipoteca era speciale sul fondo affittato. Il perchè molti vecchi Statuti e Codici tolsero, sebbene non tutti nello stesso modo, il dissidio che teneva su questo punto divise le opinioni dei Forensi. Per tacere degli altri, citerò il vecchio Codice Estense pubblicato nel 1771, col quale vennero decise con speciali disposizioni le questioni più importanti che prima della sua pubblicazione si agitavano nel Foro. Questo Codice nell' articolo 7 del titolo *Della locazione e condotta* dispone appunto che, il successore particolare avente causa dal locatore è tenuto stare

(1) Pothier, Du contrat de louage, n. 291.

alla locazione, quando il conduttore abbia l'ipoteca anche solamente generale sui beni del locatore per l'osservanza del contratto.

Ora, domando al Troplong: Quando sotto la legislazione romana il locatore vendeva il fondo col patto che il compratore dovesse rispettare il contratto d'affitto, forse il diritto del conduttore si trasformava perciò in un diritto reale? No certamente. La stipulazione del detto patto non cambiava natura al diritto del conduttore, ma imponeva semplicemente al compratore un obbligo che indipendentemente dal patto non avrebbe avuto, cioè di rispettare la locazione fatta dal suo autore. Le conseguenze del detto patto sono sì chiaramente indicate nella seconda parte della citata L. 9, C. *De loc. et cond.,* che il Troplong non mi potrà negare che il detto patto stipulato tra il locatore e il compratore non produceva altro effetto che di obbligare il compratore a rispettare l'affitto e di togliere a lui il diritto di espellere il conduttore: « Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut *in eadem conductione maneat,* quamvis sine scripto, bonæ fidei judicio, ei quod placuit, parere cogetur. » Ecco dunque che il compratore, il quale *ea lege emit,* cioè col patto di rispettare la locazione, *cogetur parere ei quod placuit.* Il patto non produceva e non poteva produrre altri effetti, e lasciava integri ed intatti i diritti del conduttore, i quali non subivano alcuna modificazione, come se non avesse avuto luogo la vendita del fondo locato. Il conduttore, verificandosi la vendita del fondo locato senza il detto patto, poteva essere espulso dal compratore, il quale non essendo un successore universale non era obbligato a rispettare la locazione. Al contrario, quando il locatore vendeva il fondo locato colla stipulazione del detto patto, il conduttore rimaneva al suo posto come se il locatore non ne avesse fatta la vendita. Imperocchè l'obbligazione assunta col patto dal compratore di rispettare la locazione toglieva a lui ogni facoltà e diritto di espellere il conduttore. Parlando il Pothier di questo patto stipulato tra il locatore e il compratore del fondo locato dice chiaramente che impone allo stesso compratore l'obbligazione personale di rispettare l'affitto sebbene il conduttore ne sia rimasto estraneo, e ciò per l'interesse che ha il locatore di sottrarsi alle conseguenze dell'azione *ex conducto:* « Or, le locateur, qui vend son héritage, a grand intérêt que l'acheteur entretienne le bail,

puisque sans cela il serait tenu des dommages et intérêts du fermier ou locataire: il peut donc valablement stipuler de l'acheteur l'entretien du bail, et l'acheteur s'oblige valablement par cette convention, directement envers son vendeur, et indirectement envers le fermier ou locataire. Cette obligation personnelle, qu'il contracte d'entretenir le bail, le rend non recevable à demander que le fermier ou locataire quitte l'occupation de cet héritage (1).» È dunque certo, e il Troplong non potrà negarlo, che quando il locatore vendeva il fondo locato col patto anzidetto, il compratore non poteva espellere il conduttore non già in forza di alcun gius *in re* che il conduttore avesse acquistato sul fondo, ma in grazia della obbligazione personale contratta col patto dallo stesso compratore.

Cosa ha fatto il Codice Napoleone? Ha supplito con una espressa disposizione di legge al patto romano, imponendo coll' articolo 1743 l' obbligo al compratore del fondo locato di rispettare l' antecedente locazione. Non ha il detto articolo cambiata la natura del gius del conduttore, che è essenzialmente personale, ma invece ha imposto un obbligo al compratore del fondo locato che non avrebbe senza un espresso patto stipulato tra lui e il suo venditore. Il detto articolo 1743, dal quale vorrebbe il Troplong fare uscire il conduttore armato di diritto reale, non ha operata alcuna trasformazione del gius del conduttore, il quale è oggi personale come lo era sotto la Legislazione Romana. Il detto articolo ha imposto semplicemente al compratore del fondo locato la stessa obbligazione, da cui era stretto per Diritto Romano il compratore, il quale aveva acquistato il fondo col patto espresso di rispettare il contratto di locazione. Fra l' obbligazione, onde era vincolato il compratore in forza del patto romano, e quella onde è legato il compratore in forza del detto articolo 1743, non passa alcuna differenza quanto alla natura del vincolo e alle conseguenze che ne derivano. La sola differenza tra l' una e l' altra obbligazione sta nella causa. Imperocchè la prima era un' obbligazione convenzionale stipulata per patto; mentre la seconda è una obbligazione legale derivante dalla sola volontà della legge senza bisogno di alcuna stipulazione. Insegna Modestino nella L. 52, pr. D. *De obligationibus:* « Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut *lege.* » Non sola-

(1) Du contrat de louage, n. 292.

mente i patti sono causa di obbligazione, ma altresì la volontà diretta e immediata del legislatore. Anche la L. 41, D. *De obligat.*, parla delle obbligazioni legali derivanti immediatamente e direttamente dalla legge: « Quoties lex obligationem introducit. » E Paolo nella L. 1, D. *De obligat.*, tratta dell' azione derivante da una obbligazione creata dalla legge: « Si obligatio Lege nova introducta sit, nec cautum eadem Lege, quo genere actionis experiamur, ex Lege agendum est. » Anche il Pothier stabilisce come regola generale esservi alcune obbligazioni che unicamente dalla legge traggono vita: « Il y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi (1). » Ma senza ricorrere alle Leggi Romane e all' autorità del Pothier, l' articolo 1370 non indica fra le obbligazioni che nascono senza precedente convenzione quelle che risultano dalla sola autorità della legge? Una di queste obbligazioni contemplate nell' articolo 1370 è appunto quella che l' articolo 1743 impone al compratore di un fondo già affittato. Vuole quest' articolo che senza bisogno del patto suggerito da Gajo nella succitata L. 25, § 1, D. *Loc.*, il compratore sia obbligato a rispettare il contratto di affitto. Per Gius Romano il diritto del conduttore di godere della cosa locata per tutto il tempo stabilito nel contratto è esercibile, come dice il Pothier (2), in faccia soltanto al locatore e ai suoi eredi o successori universali: « vis-à-vis du locateur, de ses héritiers ou autres successeurs universels. » Ebbene, il Codice Napoleone vuole che il conduttore non solamente possa esercitare il suo diritto in faccia al locatore e ai suoi eredi o successori universali, ma in faccia altresì al compratore del fondo locato che è un successore particolare obbligato dall' articolo 1743 a rispettare il contratto di locazione. Non ha voluto il Codice Napoleone che, mentre il conduttore è dal canto suo rigorosamente tenuto all' adempimento del contratto, non fosse poi sicuro del pieno esercizio del suo diritto sino al termine della locazione, e che fosse aperta una via al locatore di fallire alla sua obbligazione. Il locatore non può certamente espellere il conduttore prima della fine del contratto, e neppure può espellerlo l' erede del locatore, perchè *heredi quoque*, come dice la L. 10, C. *De loc. et cond.*, *onus contractus incumbat*. Ma non bastava ad assicurare il conduttore dal

(1) Des obligat., n. 123.
(2) Du contrat de louage, n. 277.

pericolo di una prematura espulsione che una tale facoltà fosse tolta al locatore e ai suoi eredi; non bastava che il locatore garantisse il conduttore con ipoteca della fedele esecuzione del contratto, perchè una tale ipoteca, come si è detto più sopra, non lo salvava dal pericolo della espulsione in caso di alienazione del fondo locato, sebbene gli fosse utile per ripetere coll' azione *ex conducto* l' emenda dei danni; non bastava che il locatore potesse impedire una tale espulsione obbligando con un patto speciale il compratore a rispettare il contratto d' affitto, perchè la stipulazione di un tal patto era in facoltà dello stesso locatore. Voleva la buona fede del contratto che il locatore nè pure indirettamente e col mezzo d' altri potesse espellere prima del tempo il conduttore. Perciò il Codice Napoleone colla disposizione del citato articolo 1743, per impedire le conseguenze fatali al conduttore di una alienazione del fondo locato fatta dal locatore senza la stipulazione dell' anzidetto patto, impose al compratore, indipendentemente da qualsiasi patto e stipulazione, l' obbligo di rispettare il contratto d' affitto, obbligo che per Gius Romano non poteva essere che il risultato di un patto stipulato col locatore all' atto della vendita. In somma l' articolo 1743 ha tolto al compratore la facoltà, negata al suo autore, di espellere il conduttore. La quale disposizione a parer mio non solo non può aver forza di trasformare il diritto del conduttore in un gius *in re*, ma è anzi una non dubbia conferma che il diritto del conduttore è un semplice diritto personale, ossia un gius *ad rem*. Imperocchè il gius *in re* suppone non essere il terzo possessore obbligato personalmente a favore della persona cui compete; laddove il conduttore ha diritto di far valere il suo gius in faccia al compratore del fondo locato per ciò solo che l' articolo 1743 obbliga il successore particolare, ossia il compratore, non meno del successore universale, a rispettare il contratto di locazione fatto dal suo autore, togliendogli la facoltà di espellere il conduttore. Inutilmente grida il Troplong che appunto il gius del conduttore è reale, perchè il Codice Napoleone « a fait du droit du fermier quelque chose qui survit à l'aliénation de l'immeuble et subsiste sans convention à l'égard des tiers (1). » Sì certamente, in forza dell' articolo 1743 il diritto del conduttore sopravive all' alienazione dell' immobile affittato, e continua anche in faccia al terzo

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 15.

compratore senza bisogno di una speciale convenzione. Ma perchè ciò? Perchè il Codice Napoleone ha imposto con una speciale disposizione, che è quella appunto dell' articolo 1743, al terzo compratore l' obbligo assoluto di rispettare l' affitto; perchè il terzo compratore è personalmente obbligato per volontà e comando del legislatore a riconoscere il gius del conduttore; perchè il Codice Napoleone ha sostituito alla obbligazione tutta convenzionale del compratore, che per Gius Romano derivava unicamente dal patto suggerito da Gajo nella L. 25, § 1, D. *Locati,* una obbligazione tutta legale che nasce direttamente e immediatamente dalla legge e non dalla convenzione dei contraenti. Sì certamente, l' articolo 1743 ha operata una importante modificazione alle massime dell' antica Giurisprudenza nel contratto di affitto; ma questa modificazione non riguarda nè la sostanza del contratto, nè la natura del gius del conduttore, che è oggi *ad rem* come lo era sotto la Romana Legislazione. Questa modificazione consiste nella creazione di una obbligazione legittima imposta al compratore del fondo locato, cui il Codice Napoleone vuole personalmente obbligato a rispettare il contratto d' affitto fatto dal suo autore. E questa obbligazione personale imposta al compratore del fondo affittato non è neppure una nuova creazione del Codice Napoleone, ai Compilatori del quale ne somministrò il pensiero e l' idea la Romana Giurisprudenza colle succitate Leggi 25, § 1, D. *Locati,* e 9, C. *De loc. et cond.*, e la Legge Napoleonica non fece altro che convertire in legale una obbligazione che pel Diritto Romano era tutta convenzionale e conseguenza di un patto stipulato tra il locatore e il compratore. Non io dunque farò plauso alla nuova dottrina del Troplong; e schierandomi, ultimo soldato, nella fila dei suoi avversarj, se le mie deboli forze non saranno da tanto di vincerla combattendo, farò voti che la libertà dei fondi minacciata di un nuovo vincolo reale, sia sostenuta e difesa dalla moderna Giurisprudenza. E ben mi fa meraviglia che l' illustre Troplong, il quale rende omaggio ai principj di libertà che le Leggi moderne hanno stabilite in favore delle persone e delle cose (1), voglia gravare la proprietà fondiaria di un nuovo vincolo reale sconosciuto all' antica Giurisprudenza. Chiami egli pure la vecchia massima, ch' io difendo, *débris de l'ancienne jurisprudence et un préjugé dont probablement la*

(1) Du contrat de louage, art. 1709, n. 4.

science finira tôt ou tard par se débarrasser (1). Io gli risponderò col Gioberti (2), che quello che ha una vera e perfetta antichità non può mai divenire anticato, ed è perpetuamente nuovo; che la longevità del vero è mallevadrice credibile di eternità, e che l'errore è passeggero e caduco, e la verità sola immortale. Altre osservazioni potrei aggiungere per combattere la nuova dottrina del Troplong; ma non voglio dilungarmi di soverchio sopra un punto che solo per incidenza riguarda la materia ipotecaria. Concluderò col dire che il gius del conduttore essendo, anche secondo i principj del Codice Napoleone, un semplice gius *ad rem*, ossia personale, non può essere in alcuna maniera capace d'ipoteca. Lo stesso Troplong, il quale accorda al gius del conduttore la patente di diritto reale, gli nega la capacità e suscettività a portar l'onere della ipoteca. Metterò perciò il suggello a questa forse troppo lunga discussione colle parole dello stesso Troplong, che esclude il gius del conduttore dal numero delle cose e dei diritti capaci d'ipoteca: « Maintenant craignez-vous que le bail, converti en droit réel immobilier, ne soit susceptible d'hypothèque, contre tous les principes admis jusqu'à ce jour? Je vous répondrai d'abord que tout immeuble civil n'est pas susceptible d'hypothèque; témoins les servitudes, les droits d'usages et les actions en revendication d'un immeuble. J'ajouterai que le bail n'est pas ce qu'on peut appeler un bien immobilier; car, en déduisant les frais de culture et le canon dû au maître, on ne voit pas trop quelle valeur intrinsèque il peut avoir. Quel est le but du bail? C'est de faire passer entre les mains du propriétaire le produit net de la chose. Quant au fermier, ce qu'il retire, c'est le salaire de son travail et l'indemnité de ses avances. Où est donc l'émolument appréciable du bail, déduction faite du loyer ou du fermage dû au maître et des impenses pour exploitation (3)? »

581. Il contratto dai Francesi chiamato *bail à rente* si definisce dal Pothier: « Contrat par lequel l'une des parties baille et cède à l'autre un héritage, ou quelque droit immobilier, et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine som-

(1) Op. cit., art. 1709, n. 20.
(2) Introduz. allo Studio della Filosofia, tomo 3, cap. 8.
(3) Du contrat de louage, art. 1709, n. 18.

me d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits qu'il retient sur ledit héritage, et que l'autre partie s'oblige réciproquement envers elle de lui payer, tant qu'elle possèdera ledit héritage (1). »
Siccome il cedente in questo contratto si riserva la pattuita rendita sul fondo, la quale diviene un carico ed onere del medesimo, potrebbe dubitarsi se il gius ad una rendita fondiaria possa essere capace d' ipoteca. Ma ogni dubbio viene tolto dagli articoli 529 e 530 del Codice Napoleone, secondo i quali sono mobili per determinazione della legge tutte le rendite perpetue o vitalizie ed anche quelle stabilite in correspettività del prezzo d'un immobile venduto, o come condizione della cessione di beni immobili (2).

582. Le Compagnie o Società intraprenditrici, a cui un Governo accorda il privilegio della costruzione, attivazione ed esercizio di una strada ferrata, potranno ipotecare la costrutta strada a garanzia dei banchieri che loro fornirono i necessarj capitali? Mi par semplice la risposta. La strada ferrata e le fabbriche alla medesima annesse appartengono forse in proprietà alle dette Compagnie? No certamente. Siccome le Società intraprenditrici non sono proprietarie del suolo, che è del pubblico Demanio, così anche la superficie diviene cosa del pubblico Demanio, perchè *superficies,* come dice la L. 50, D. *Ad leg. Aquil., ad dominum soli pertinet.* Ma se le suddette Società intraprenditrici non hanno e aver non possono un diritto di proprietà sulla costrutta strada, di qual natura sarà il diritto che sulla medesima acquistano? A risolvere questo dubbio ci saranno, come in tutte le altre questioni, di guida e di ajuto le Leggi Romane, sebbene le strade ferrate siano un vanto e una creazione dell' età nostra. I Romani oltre il gius reale dell' enfiteusi, chiamato dai Glossatori ed Interpreti *dominio utile,* riconoscono sui fondi altrui un altro gius reale, che ha col gius di enfiteusi molta affinità e somiglianza, e questo è il gius *di superficie,* che dal Brunnemanno si definisce: « Jus in alterius solo per contractum emtionis vel locationis ea lege constitutum, ut ædificium construere vel plantam habere liceat pro certa pensione ad tempus non

(1) Traité du contrat de bail à rente, chap. 1, n. 1.

(2) Persil, art. 2118, n. 18. Troplong, art. 2118, n. 408. Duranton, n. 253.

modicum, scilicet longi temporis vel in perpetuum (1). » Non è diversa la definizione che ne dà il Voet: « Superficies est omne id, quod supra soli faciem est, ut arbores, plantæ, præ primis ædificia, quæ quis in alieno solo ædificavit consentiente domino, ea lege, ut sibi ea in perpetuum aut ad tempus non modicum haberet, plerumque pro annui solarii seu pensionis præstatione (2). » Le quali parole *plerumque* etc. mostrano chiaramente che l'annua pensione non è di assoluta necessità nel contratto di superficie, il quale può stipularsi sotto quei patti e condizioni che più piacciono ai contraenti. Anche il Borsari insegna che è dell'essenza dell'enfiteusi un'annua prestazione a ricognizione di dominio, e che questa non è assolutamente necessaria nel contratto di superficie (3). Ciò che importa il notare si è che in questo contratto nessun diritto ottiene sul suolo chi acquista il gius di superficie, perchè del suolo che non è l'oggetto del contratto conserva il proprietario la piena ed intera proprietà, e in ciò questo contratto è diverso dall'enfiteusi, perchè l'enfiteuta acquista l'utile dominio sull'intero fondo e quindi anche sul suolo (4). Importa pure il notare inoltre che il proprietario del suolo ha altresì per diritto di accessione la proprietà della superficie, e di ciò non lascia alcun dubbio la L. 2, D. *De superfic.*, la quale stabilisce in termini assoluti che delle case superficiarie, ossia vincolate al gius di superficie, la proprietà spetta per Diritto naturale e civile al proprietario del suolo: « Superficiarias ædes appellamus, quæ in conducto solo positæ sunt, quarum proprietas et civili et naturali Jure ejus est, cujus et solum. » Ma se chi ha il gius di superficie non acquista il dominio di ciò che costituisce la superficie, e quindi neppure degli edifizj da lui innalzati a proprie spese sul suolo del proprietario, acquista però sulla superficie un gius reale poco diverso dal gius enfiteutico che chiamasi *gius di superficie* (5). E il Fulgineo non dubita di attribuire a chi ha il gius di superficie lo stesso dominio utile che compete nell'enfiteusi al-

(1) Ad Pand., lib. 43, tit. 8, *De superf.*
(2) Lib. 43, tit. 18.
(3) Il contratto di enfiteusi, n. 43.
(4) Borsari, Op. cit., n. 43.
(5) Pothier, ad Pand., lib. 43, tit. 18, n. 1. Voet, loc. cit.

l'enfiteuta: « Utile dominium transit in superficiarium (1). » Questo dominio utile che compete a chi ha il gius di superficie differisce da quello dell'enfiteuta in ciò solo che il primo si ristringe alla sola superficie escluso il suolo, mentre quello dell'enfiteuta, come si disse, si estende all'intero fondo compreso il suolo. Questa analogia e affinità grandissima che passano tra il gius reale dell'enfiteusi e quello della superficie, sono messe in chiara luce da non poche Leggi, e fra le altre dalle L. 1, D. *De superf.;* L. 73, § 1, L. 74, e L. 75, D. *De rei vind.;* L. 12, § 2 e 3, D. *De Public. in rem actione.* E questa analogia è tanta, che la L. 16, § 2, D. *De pignorat. act.,* accorda tanto all'enfiteuta quanto a chi ha il gius di superficie uguale diritto di dare in ipoteca il fondo: « Etiam vectigale prædium pignori dari potest. Sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. »

Di questi principj riguardanti il gius di superficie io credo si possa e si debba fare l'applicazione alle Società intraprenditrici, alle quali i Governi accordano il diritto della costruzione, attivazione ed esercizio di una strada ferrata. Il Governo che accorda un tale diritto ad una Società, non aliena certamente la proprietà del suolo, il quale riman sempre del pubblico Demanio, ma accorda semplicemente alla Società concessionaria il privilegio di costruire e di attivare la strada sul suolo del Demanio. Se il suolo rimane proprietà del Demanio, è chiaro per le ragioni già dette che la strada ferrata e tutte le opere ed edifizj annessi cadono in dominio del Demanio proprietario del suolo. Di ciò nessuno può muover dubbio, a meno che non si vogliano negare i primi principj della Giurisprudenza. Se la costrutta strada appartiene al Demanio, il gius della Società costruttrice dovrà forse misurarsi colle regole della locazione, e attribuirsi alla stessa il diritto semplice che hanno i conduttori dei beni del Demanio? No certamente. Imperocchè il godimento, ossia l'attivazione ed esercizio della strada, non viene già accordato dal Governo in correspettività di una prestazione pecuniaria da pagarsi dalla Società, come avviene essenzialmente nel contratto di locazione, ma unicamente in compenso e premio della costruzione della strada fatta dalla Società nel suo interesse ed a sue spese rischio e pericolo. La cessione fatta dal Governo del ter-

(1) De jure emphyt., Prælud., quæst. 12, n. 1 e 2.

reno demaniale per costruirvi la strada ferrata, la costruzione della strada fatta dalla Società concessionaria a proprie spese e pericolo, l' attivazione e l' esercizio della costrutta strada concessi alla Società in premio della costruzione pel tempo determinato, costituiscono tutti gli elementi del contratto romano di superficie, di cui abbiamo fatto cenno, e non può quindi negarsi alla Società costruttrice sulla costrutta strada il gius reale di superficie più forte del semplice usufrutto e non diverso nella sostanza, come si disse, dall' utile dominio dell' enfiteuta. È questa la mia opinione, ch' io sottopongo al sapiente giudizio dei miei benigni Lettori, e alla quale auguro accoglimento e favore. Perchè nuove sono le strade ferrate, non potremo applicare alle medesime gli eterni principj del Gius Romano, la cui luce non peritura vivifica, come quella del sole, i nuovi enti a cui l'ingegno portentoso dell' uomo dà essere e vita? Il Gius Romano, come dice l'illustre Economista Toscano Professor Corbani (1), brilla sempre di fresca giovinezza, ed è vero e buono per tutti i popoli e per tutti i tempi. E se tale è il gius che compete alle Società intraprenditrici, a cui dai Governi è accordato il diritto della costruzione, attivazione ed esercizio di una strada ferrata, io penso altresì che alle Società stesse non potrà negarsi la facoltà d' ipotecare il gius stesso, che è certamente immobile per l' oggetto cui si riferisce, o per dir meglio, la facoltà d' ipotecare la costrutta strada, a meno che una tale facoltà non sia tolta o espressamente o tacitamente dalle condizioni e clausole della concessione. Nè tale ipoteca, quando non sia contraria ai capitoli della concessione, potrebbe venir contraddetta dal Governo, che accordò il diritto della costruzione, attivazione ed esercizio della strada ferrata; perchè il creditore a cui viene concessa l' ipoteca sulla strada ferrata, non potendo esercitare maggiori diritti della Società da cui ha causa, non potrebbe in alcun caso pregiudicare ai diritti del Governo.

583. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell' articolo 2004 ripete la disposizione dell'articolo 2118 del Codice Napoleone.

Sebbene il Codice delle Due Sicilie nel citato articolo 2004 non faccia parola dell' enfiteusi, non può però farsi su questo punto la questione a cui ha lasciato luogo il Codice Napoleone, perchè questo non fa in alcun luogo menzione del contratto di

(1) Economia sociale, § 279, pag. 220.

enfiteusi, laddove il Codice delle Due Sicilie non solo determina la natura e le condizioni di questo contratto nel titolo — *Della Enfiteusi*, — ma nell'articolo 1690, che trovasi sotto lo stesso titolo, dichiara espressamente che l'enfiteuta può ipotecare il fondo enfiteutico. Se però è vero che quest'articolo 1690 toglie il dubbio a cui dà luogo l'assoluto silenzio del Codice Napoleone intorno al contratto d'enfiteusi, d'altra parte non si possono scusare i Compilatori del Codice delle Due Sicilie, i quali hanno in un titolo speciale trattato del contratto di enfiteusi, di avere nell'articolo 2004 copiata la disposizione dell'articolo 2118 del Codice Napoleone, senza far parola del diritto del padrone diretto e di quello del padrone utile sui fondi dati in enfiteusi. E tanto più doveano farne menzione nel detto articolo 2004 fra le cose capaci d'ipoteca, perchè nell'articolo 449 annoverarono tra le cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono, non solo l'usufrutto su di cose immobili, le servitù prediali, e le azioni che tendono a rivendicare un immobile, ma altresì il diritto del padrone diretto su'fondi dati in enfiteusi, e il diritto del padrone utile su'fondi medesimi. L'articolo 526 del Codice Napoleone fra le cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono indica semplicemente l'usufrutto delle cose immobiliari, le servitù prediali, e le azioni che tendono a rivendicare un immobile; e di queste cose immobili per l'oggetto cui si riferiscono potendo solo essere capace d'ipoteca l'usufrutto delle cose immobiliari, questo solo fu nominato nell'articolo 2118 fra le cose capaci d'ipoteca. Ma avendo i Compilatori del Codice delle Due Sicilie annoverato nell'articolo 449 anche il diritto del padrone diretto e quello del padrone utile sui fondi enfiteutici fra i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono, non doveano a parer mio limitarsi nell'articolo 2004 a far menzione dell'usufrutto dei beni immobili, ma doveano oltre l'usufrutto annoverare nel numero delle cose capaci d'ipoteca anche il diritto del padrone diretto e quello del padrone utile sui fondi dati in enfiteusi.

584. Il Codice di Parma nell'articolo 2168 ripete esso pure la disposizione dell'articolo 2118 del Codice Napoleone, ma oltre i beni stabili che sono in commercio ed i loro accessorj, e l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj durante l'usufrutto, indica altresì espressamente tra i beni capaci d'ipoteca il dominio utile ed il dominio diretto nell'enfiteusi. Sono tre pertanto le categorie

dei beni capaci d'ipoteca secondo il Codice di Parma, cioè i beni stabili ed i loro accessorj riputati come stabili; l'usufrutto degli stessi beni e de'loro accessorj durante l'usufrutto; e finalmente il dominio utile ed il dominio diretto nell'enfiteusi.

585. L'articolo 2118 del Codice Napoleone, come si è detto, fissa due sole categorie di beni capaci d'ipoteca. Al contrario l'articolo 2168 del Codice di Sardegna ne indica cinque categorie, cioè 1° i beni immobili, che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come immobili; 2° l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj durante l'usufrutto; 3° il dominio così diretto come utile de' beni conceduti ad enfiteusi anteriormente all'osservanza dello stesso Codice; 4° le piazze considerate come immobili nell'articolo 407; 5° finalmente le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico.

E quanto al dominio diretto ed utile dei beni conceduti ad enfiteusi, il Codice di Sardegna fa la stessa distinzione che abbiamo fatta noi parlando dell'articolo 2118 del Codice Napoleone (1). Imperocchè dichiarando soltanto suscettibile d'ipoteca il dominio diretto ed utile dei beni conceduti ad enfiteusi anteriormente alla sua osservanza, esclude assolutamente qualunque idea di dominio diretto e di dominio utile rispetto ai beni conceduti ad enfiteusi posteriormente alla sua pubblicazione. La ragione di questa esclusione è quella stessa che abbiamo noi pure addotta discorrendo delle enfiteusi costituite sotto il Codice Napoleone, che secondo la nostra opinione si riducono o al contratto semplice di locazione, se si tratta di enfiteusi temporaria, o a quello di rendita fondiaria nel caso di enfiteusi perpetue, in cui il pieno ed intero dominio viene trasferito nel debitore della rendita. Il Codice di Sardegna non ammette la scissione del dominio in diretto ed utile diviso tra il direttario e l'enfiteuta, la quale ha luogo nelle antiche enfiteusi, e riduce le rendite livellarie sotto la classe delle rendite fondiarie. Infatti, premesso nell'articolo 1940 che la rendita per prezzo d'alienazione, o come condizione di cessione d'immobili a qualsivoglia titolo, si chiama *rendita fondiaria,* dispone nell'articolo 1941 che la concessione d'immobili, di cui nell'articolo precedente, trasferisce nel concessionario il pieno dominio, non ostante qualsivoglia clausula contraria, ed anche quella della riserva del dominio; che se la concessione è fatta a titolo one-

(1) N. 578.

roso sotto qualsivoglia denominazione, come d' *enfiteusi, albergamento*, od altra simile, la medesima sarà soggetta alle regole stabilite pel contratto di vendita; e che se è fatta a titolo gratuito, essa è soggetta alle regole stabilite per le donazioni. Il contratto dunque di enfiteusi non è pel Codice di Sardegna che un contratto di rendita fondiaria a titolo oneroso, in cui il pieno dominio si trasferisce nell' enfiteuta, che è il debitore della rendita livellaria. La distinzione di diretto e di utile dominio è ammessa dal Codice di Sardegna solamente rispetto alle enfiteusi costituite anteriormente alla sua osservanza, e questa è la ragione per cui il citato articolo 2168 contempla fra le cose capaci d' ipoteca il dominio diretto ed utile dei soli beni conceduti ad enfiteusi anteriormente alla sua osservanza. Quando si tratta di beni concessi ad enfiteusi posteriormente all' osservanza di detto Codice, il creditore della rendita livellaria, ossia del canone, non può dare alcuna ipoteca sul fondo gravato della rendita, perchè egli non ha sul fondo alcun diretto dominio; ed all' incontro il debitore del canone ossia l'enfiteuta ha egli solo il pieno diritto di dare in ipoteca il fondo gravato come quello che gli appartiene in proprietà piena ed assoluta. Ed io credo che alle enfiteusi anteriormente costituite si riferisca altresì l' articolo 406 dello stesso Codice, il quale dichiara essere immobili per l' oggetto cui si riferiscono il diritto del padrone diretto e il diritto dell' enfiteutà sui fondi dati in enfiteusi. Imperocchè nelle enfiteusi costituite posteriormente all' osservanza di detto Codice la disposizione del citato articolo 1941 esclude la divisione del dominio in diretto ed utile, e l' intero dominio trasporta, come si è detto, nell' enfiteuta.

Le piazze poi considerate come immobili nell'articolo 407, e che l' articolo 2168 dichiara suscettibili d' ipoteca, sono le piazze di Causidici, Attuarj, ed altre ancora esistenti di proprietà privata.

586. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj dichiara nel § 104 che sono capaci d' ipoteca, 1° le proprietà sulle quali cade il dominio fondiario, cioè i predii urbani ed i predii rustici, nel di cui suolo le proprietà medesime si trovano stabilite; 2° l'usufrutto degli stessi predii e de' loro accessorj, finchè dura il diritto dell' usufruttuario; 3° il dominio utile ed il dominio diretto nella enfiteusi, e ciascuno separatamente. Stabilisce inoltre nel § 105 che i molini fissi e struttili sono noverati nella classe delle proprietà fondiarie capaci d' ipoteca, da cui però sono esclusi i mo-

lini *fluviatili* ed *asportabili*, e che la stessa regola e la stessa disposizione ha luogo rapporto ad altri opifizj di simil genere. E coerentemente alla disposizione dell'articolo 2118 del Codice Napoleone, il quale novera tra le cose suscettibili d'ipoteca non solo i beni immobiliari, ma altresì i loro accessorj riputati come immobili, il lodato Regolamento nel § 107 dispone, che i mobili inerenti agli edifizj urbani, ed i semoventi destinati a formare la dote o l'istrumento de' fondi rustici, sono compresi nella ipoteca a cui soggiacciono i fondi.

Il Troplong parlando dei mobili divenuti immobili per destinazione, stabilisce il principio generale che questi mobili possono essere ipotecati insieme col fondo di cui sono un accessorio, che anzi rimangono tacitamente ipotecati senza bisogno di speciale convenzione quando viene costituita l'ipoteca sul fondo, e che non possono in alcuna maniera essere ipotecati separatamente senza il fondo di cui fanno parte : « Je dis que ces objets peuvent être hypothéqués avec le fonds; mais il est certain qu'ils ne peuvent l'être séparément (1). » La verità di questa massima è evidente, perchè i mobili divenuti immobili per destinazione senza il fondo, di cui sono un accessorio, non hanno e non possono avere il carattere d'immobili che li rende capaci d'ipoteca. Eppure chi il crederebbe? La Corte di Douai con Decreto del 3 gennaio 1815, giustamente criticato dal Troplong, profferì una decisione contraria, accordando il diritto di far vendere certi mobili immobilizzati per destinazione senza il fondo di cui erano un accessorio, ed assegnandone il prezzo ricavato ai creditori ipotecarj. Questa decisione, che a ragione il Troplong chiama *insoutenable*, non ha bisogno di essere confutata, e fa un gran torto alla Corte da cui fu emanata. Il Regolamento Ipotecario Pontificio ha tolto qualunque pretesto di disputa su questo punto, dichiarando nel § 107 che i mobili inerenti agli edifizj urbani, ed i semoventi destinati a formare la dote o l'istrumento de' fondi rustici, sono compresi nella ipoteca a cui soggiacciono i fondi; che tale ipoteca non potrà costituirsi separatamente, e durerà finchè i mobili o semoventi rimarranno nella loro destinazione; e che non li segue allorchè siano distratti.

587. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dispone nell'articolo 4 che ad ogni effetto della legge ipotecaria sono

(1) Art. 2118, n. 399.

beni immobili: 1° i beni di suolo e i loro prodotti sintantochè non ne vengono recisi, le fabbriche, e gli edifizj, gli affissi, e i mobili e semoventi divenuti strumenti dei beni, delle fabbriche, e degli edifizj, sino a che mantengono tal destinazione; 2° l'usufrutto dei detti beni, fabbriche ed edifizj; e 3° finalmente il dominio diretto e l'utile nei livelli e nelle locazioni a lungo tempo. Dichiara inoltre nel successivo articolo 5 che tutti gli altri beni ed assegnamenti non indicati nell'articolo 4, sono e si riguardano come beni mobili. Le sole tre categorie di beni adunque indicate nell'articolo 4 possono essere capaci d'ipoteca, essendo l'ipoteca, anche a termini dell'articolo 56 del lodato Motuproprio, un diritto reale essenzialmente costituito su beni immobili.

588. L'articolo 2110 del Progetto Vatimesnil, corrispondente all'articolo 2118 del Codice Napoleone, era concepito nei seguenti termini:

« Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée, à l'exception de l'usufruit légal des père et mère;

3° Le droit du preneur à bail emphythéotique.

Sont assimilés au preneur à bail emphythéotique le preneur à bail à une ou plusieurs vies, et le preneur à bail de trente ans ou plus, lorsque ces baux ne contiennent pas la prohibition de céder le droit à bail ou de sous-louer.

4° Le droit du colon de domaine congéable sur les édifices et superficies, sans préjudice du droit du propriétaire foncier de l'immeuble.

Les créanciers hypothécaires du colon exerceront leurs droits, soit sur le prix de la cession que celui-ci ferait à un tiers, soit sur l'indemnité qui lui serait due par le propriétaire foncier, en cas de congé (1). »

Quest'articolo venne approvato ed adottato dall'Assemblea Legislativa nella seduta del 23 dicembre 1850 (2). Potrebbe sembrare strano che il Progetto Vatimesnil escludesse dal numero delle cose capaci d'ipoteca l'usufrutto legale del padre e della madre sui beni dei figli, e ciò perchè l'usufrutto, o sia

(1) Moniteur Univ., 26 avril 1850, n. 116.
(2) Moniteur Univ., 24 décemb. 1850, n. 358.

stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo, non è diverso quanto alla natura e sostanza del diritto reale costituito sugli immobili all'usufrutto soggetti. Ma l'eccezione fatta dal Progetto Vatimesnil riguardo all'usufrutto dei genitori trova una ragionevole spiegazione nella disposizione dell'articolo 385 del Codice Napoleone, il quale mette a carico di un tale usufrutto alcuni pesi speciali, e fra gli altri quello degli alimenti, del mantenimento e dell'educazione de' figli in proporzione delle loro sostanze. Questo peso degli alimenti e dell'educazione dei figli è di natura sì delicata, che giustifica la detta eccezione del Progetto Vatimesnil, onde i figli che hanno diritto di essere a carico dell'usufrutto alimentati, mantenuti ed educati, non abbiano a trovarsi in lotta coi creditori ipotecarj del padre o della madre usufruttuarj.

Il citato articolo del Progetto Vatimesnil toglieva il dubbio che si fa dai Commentatori dell'articolo 2118 del Codice Napoleone, se sia o no capace d'ipoteca il gius d'enfiteusi. Ma il vero dubbio su questo punto non nasce, come ho detto superiormente, dal silenzio che sull'enfiteusi tiene l'articolo 2118, ma sulla compatibilità o incompatibilità dell'enfiteusi coi principj del Codice Napoleone, il quale in nessun luogo fa menzione dell'enfiteusi, e segnatamente colla disposizione dell'articolo 530 che tratta delle rendite fondiarie. Ma non credo che si debba lodare il Progetto Vatimesnil di avere assimilato gli affitti a lungo tempo all'enfiteusi. È verissimo che secondo la Giurisprudenza anteriore alla pubblicazione del Codice Napoleone gli affitti a lungo tempo parificavansi alle enfiteusi, ma è vero altresì che questa Giurisprudenza, contro la quale alzarono invano la voce eminenti Giureconsulti, era una esagerazione ripugnante all'indole e natura vera del contratto di locazione, e trasformava contro l'intenzione dei contraenti, il contratto di locazione in un contratto di diversa natura che ebbe dalla famosa Costituzione di Zenone una forma sua propria distinta dalla vendita e dalla locazione. È assurdo, come il dice il Borsari (1), che il tempo, che è un accidente del contratto, debba contro l'intenzione delle parti cangiare la natura di un contratto. Qual ragione adduceva Vatimesnil nel suo Rapporto per giustificare il parificamento delle locazioni a lungo tempo alle enfiteusi? Pri-

(1) Il contratto di enfiteusi, n. 49 e 50.

mieramente si appoggiava alla giurisprudenza. Ma forse una nuova legge, e massime una legge di riforma, deve esser ligia alle massime di una falsa giurisprudenza? Diceva inoltre che chi fa un lungo affitto si propone di fare importanti miglioramenti, che per effettuarli ha bisogno di credito, e che questo credito l'ottiene quando potrà, come l'enfiteuta, dare in ipoteca il fondo preso ad affitto lungo. E per dar credito al conduttore, il quale stipulò un contratto di semplice affitto, che di sua natura importa un gius *ad rem*, si dovrà gravare di un gius reale o di un utile dominio il fondo del locatore, che non ebbe in animo di dare il suo fondo ad enfiteusi?

589. Il Codice di Modena finalmente ripetendo la disposizione dell'articolo 2168 del Codice di Parma dispone, quanto alle cose capaci d'ipoteca, ciò che segue, nell'articolo 2159: « *Sono capaci d'ipoteca soltanto: 1° i beni stabili che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come stabili; 2° l'usufrutto degli stessi beni e de' loro accessorj, durante l'usufrutto; 3° il dominio utile, ed il dominio diretto nell'enfiteusi.* » Molti Interpreti hanno rimproverato i Compilatori del Codice Napoleone per avere taciuto nell'artic. 2118 dell'enfiteusi, altri hanno da questo silenzio argomentato che il gius dell'enfiteusi non venne riputato capace d'ipoteca. Per me, come ho già detto più sopra, l'omissione dell'enfiteusi nell'articolo 2118 è una logica conseguenza della incompatibilità di questo contratto coi principj del Codice Napoleone, il quale non fa del contratto medesimo in alcun luogo parola. Al contrario la menzione che fa il Codice di Modena del dominio utile e del diretto nell'articolo 2159 è in armonia colle massime stabilite dallo stesso Codice intorno al contratto di enfiteusi, col quale il concedente ritiene il dominio diretto del fondo dato in enfiteusi, e il livellario acquista il dominio utile. E tanto il dominio diretto quanto l'utile nell'enfiteusi essendo nell'articolo 416 dello stesso Codice espressamente contemplati fra i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono, al pari dell'usufrutto delle cose immobili, doveano altresì essere nominati nell'articolo 2159 fra le cose capaci d'ipoteca. Non potevano dunque i Compilatori del lodato Codice restringere a due sole, come ha fatto il Codice Napoleone, le categorie dei beni capaci d'ipoteca, ma doveano necessariamente per essere coerenti a ciò che hanno disposto relativamente all'enfiteusi

aggiungere una terza categoria, quella cioè del dominio diretto e del dominio utile nell' enfiteusi.

E qui avendomi l' ordine delle mie illustrazioni condotto a far cenno dei livelli, non posso tenermi dal far menzione di due saggissime disposizioni del nuovo Codice di Modena, che grandemente onorano i suoi Compilatori. Una è quella dell' articolo **1637**, il quale stabilisce che il livello perpetuo e l' altro che ecceda i trent'anni, sempre che non sia vitalizio in favore del primo investito, sono sempre redimibili, pagando al direttario venticinque annualità di canone. L' altra è quella dell' articolo **1640**, il quale proibisce l' enfiteusi *pazionata* ossia *di patto e provvidenza,* per la quale sono chiamati i soli figli e discendenti del primo investito, ed esclusi gli eredi ed i terzi. La irredimibilità delle rendite fondiarie, come insegna il gran Romagnosi (1), la quale frappone impacci nocevolissimi alle libere contrattazioni degli immobili, è dannosa ad ogni sistema economico privato e pubblico, ed al contrario l' affrancabilità porta seco tutti i vantaggi della libera proprietà e del corso naturale dei beni, cioè di un corso che si adatta alle vicende, e si piega a tutte le speculazioni utili del commercio, ed incoraggisce e promuove tutti i miglioramenti dell' agricoltura e delle sostanze immobiliari. L' enfiteusi pazionata poi trae seco gli stessi danni ed inconvenienti che sono la fatale ed inevitabile conseguenza delle sostituzioni fidecommissarie, oramai condannate e bandite da quasi tutte le legislazioni dei popoli civili. Non sdegnino i Compilatori del Codice di Modena il sincero omaggio di lode che un proscritto tributa alla saggezza delle due mentovate disposizioni e al senno che le dettava. E non è meno da lodarsi la disposizione dell' articolo **1645** dello stesso Codice, il quale stabilisce che le locazioni degli stabili non possono stipularsi per un tempo eccedente gli anni trenta; che quelle, che vengono fatte per un tempo maggiore, s' intendono ristrette ai trent' anni dal giorno in cui hanno avuto principio; e che qualunque patto in contrario si ha per non apposto. Colla quale saggissima disposizione viene posta una barriera di separazione tra il contratto di locazione e l' enfiteusi, e viene tolto il pretesto ai Giureconsulti di rinnovare l' antico errore che parificava la locazione perpetua all' enfiteusi. O siano le locazioni stipulate

(1) Della redimibilità delle rendite perpetue, § 12.

a breve termine o al massimo termine dei trent'anni, producono sempre gli stessi effetti, ossia un gius *ad rem* e la semplice azione personale a favore del conduttore, come risulta dal complesso delle disposizioni contenute nel capo che tratta *Dei contratti di locazione,* e non potrà mai venire in capo ad alcuno che il gius del conduttore sia un gius *in re.* Anche il Codice di Modena ripetendo la disposizione dell'articolo 1743 del Codice Napoleone dichiara nell'articolo 1672, che se il locatore vende la cosa locata, il compratore *è tenuto* a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita, ed apparisca da atto pubblico, o da privata scrittura di data certa, purchè il locatore stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita. Aggiunge anzi nel successivo articolo 1673 che quand'anche il fittajuolo o l'inquilino non abbia un atto pubblico o una scrittura di data certa, se il suo possesso è anteriore alla vendita, il compratore *è tenuto* a lasciarlo continuare per tutto quel tempo, per cui s'intendono fatte le locazioni senza scrittura. Forse queste due disposizioni avranno forza di convertire in reale il gius *ad rem* del conduttore? Mi riporto a ciò che ho detto più sopra (1) parlando dell'articolo 1743 del Codice Napoleone, e dirò anzi che se da quest'articolo altra conseguenza non può dedursi che quella di un'obbligazione personale dalla legge imposta al compratore del fondo locato di rispettare l'antecedente locazione, anche più chiaramente una tale obbligazione personale viene al compratore imposta dall'articolo 1672 del Codice di Modena, il quale dice che se il locatore vende la cosa locata, il compratore *è tenuto a stare alla locazione;* laddove l'articolo 1743 dice semplicemente che se il proprietario vende la cosa locata, il compratore *non può espellere* l'affittuario o l'inquilino. Ma su questo punto non voglio ripetere ciò che ho già detto, e tengo per fermo che nessuno dei Giureconsulti del Ducato, dove è in vigore il Codice di Modena, vorrà farsi seguace della nuova dottrina del Troplong, il quale appoggiato all'articolo 1743 proclamò pel primo la realità del diritto del conduttore.

(1) N. 580.

Articolo 2119.

L' ipoteca sopra i mobili non ha luogo.

SOMMARIO.

590. Vero significato della masssima dell' antica Giurisprudenza Francese — *Les meubles n'ont point de suite par hypothèque.* — Il testo francese dell'articolo 2119 del Codice Civile ripete la stessa massima. Osservazioni critiche su questo testo. Spiegazione che ne dà il Persil. Ragioni per cui non si accetta la spiegazione del Persil. Spiegazione che ne dà il Duranton diversa da quella del Persil. Ragioni per cui neppure si accetta la spiegazione del Duranton. Il testo italiano dell' articolo 2119 del Codice Napoleone ha corretto il testo francese.

591. Il Codice di Parma e quello di Sardegna ripetono la disposizione del testo italiano dell' articolo 2119.

592. Il Regolamento Ipotecario Pontificio determina tassativamente le cose incapaci d' ipoteca.

593. Il Motuproprio Toscano colla disposizione dell' articolo 5 toglie ogni dubbio sulle cose che sono incapaci d' ipoteca.

594. Il Codice di Modena ripete la disposizione del testo italiano dell' articolo 2119 del Codice Napoleone.

590. Abbiamo già detto più sopra (1) che i mobili sono per Diritto Romano capaci d'ipoteca egualmente che gl'immobili, e che anche l' ipoteca costituita sulle cose mobili dà diritto all'azione ipotecaria o *quasi Serviana*, colla quale i creditori, senza distinzione di cose mobili o immobili, *pignora hypothecasve persequuntur* (2). Ma la Giurisprudenza Francese anteriore alla pubblicazione del Codice Napoleone ebbe ad introdurre una massima di grandissima importanza che tarpò le ali all' ipoteca sui mobili. Questa massima fu la seguente: « Les meubles n'ont point de suite par hypothèque (3). » Non bisogna confondere il diritto

(1) N. 565.

(2) Instit, lib. 4, tit. 6. § 7.

(3) Pothier, Traité du contrat de louage, n. 257. Idem, Traité du contrat de bail à rente, n. 7.

di preferenza col diritto di sequela, *de suite*; perchè nulla osta che un creditore possa avere un diritto di preferenza su una cosa del suo debitore in faccia agli altri creditori, e non possa poi esercitare alcun diritto sulla cosa stessa uscita dalle mani del debitore in faccia al terzo possessore della medesima. Perciò il Troplong con molta ragione grida contro coloro, che l' un diritto coll' altro confondono (1). La massima della Giurisprudenza Francese — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — non importa l' incapacità dei mobili a sostenere il peso della ipoteca, ma toglie unicamente il diritto al creditore ipotecario di far valere la sua ipoteca e quindi di esercitare l' azione reale ipotecaria contro il terzo possessore. Questa sola è la conseguenza di detta massima, e lo dice anche il Troplong: « La conséquence de cette règle est que l'acquéreur d'un meuble ne peut être hypothécairement inquiété (2). »

L' articolo 2119 del Codice Napoleone nel testo francese ripete senza alcun cambiamento l' indicata massima della Giurisprudenza Francese: « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. » Anche di ciò fa non dubbia fede il Troplong: « Notre article n'est que la répétition de cette vieille maxime du Droit Français: — *Meuble n'a pas de suite par hypothèque* (3). » — Ciò posto, mi pare che il testo francese dell' articolo 2119 ripetendo semplicemente la detta massima della Giurisprudenza anteriore non si trovi in armonia cogli articoli 2114 e 2118. Imperocchè secondo l'articolo 2114 l' ipoteca è un diritto costituito sopra beni immobili; e secondo l' articolo 2118 sono soltanto suscettibili d' ipoteca i beni immobili ed i loro accessorj riputati come immobili, non che l' usufrutto degli stessi beni; laddove la massima della Giurisprudenza anteriore al Codice Napoleone — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — non escludeva già i mobili dal numero delle cose capaci d' ipoteca, ma lasciando sussistere l' ipoteca e il diritto di esercitarla finchè i mobili ipotecati restavano in mano del debitore, toglieva semplicemente al creditore ipotecario il diritto di esercitarla sui mobili coll' azione reale ipotecaria contro il terzo possessore. In grazia dei citati articoli 2114 e 2118 i mobili rimangono colpiti

(1) Art. 2119, n. 415.
(2) Art. 2119, n. 414.
(3) Loc. cit.

da incapacità assoluta a portar l' onere della ipoteca; laddove la detta massima della Giurisprudenza limitava semplicemente gli effetti dell' ipoteca costituita sui mobili. La massima — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — può essere giustamente ripetuta ed è applicabilissima, quando si tratta dei privilegi costituiti sui mobili, appunto perchè tali privilegi, i quali producono tutto il loro effetto finchè i mobili sono in possesso del creditore o del debitore, non sono esercibili in faccia ai terzi possessori. Ma quando si tratta d' ipoteca secondo i principj del Codice Napolene, non solo i mobili *n'ont pas de suite par hypothèque,* ma sono assolutamente, in grazia dei citati articoli 2114 e 2118, incapaci a portarne il peso, sebbene siano in mano del debitore.

Non si creda che la critica ch' io fo del testo francese dell' articolo 2119 sia un cavillo. Le seguenti parole del Persil varranno a giustificarmi da questa taccia: « La construction grammaticale de cet article (2119) pourrait peut-être faire croire que les meubles sont susceptibles d'hypothèque, mais que l'effet de cette affectation se borne à ne pas les suivre entre les mains des tiers; que par conséquent, tant qu'ils sont en la possession du débiteur, les créanciers peuvent exercer leurs droits, et être payés par rang d'hypothèque. Cependant ce n'est pas là le sens que le législateur y a attaché (1). » Ammette dunque il Persil che l' articolo 2119 secondo la costruzione grammaticale e il significato delle parole suona che i mobili sono capaci d' ipoteca, e che una tale ipoteca non è esercibile in faccia al terzo possessore. Egli però soggiugne che questo non è il significato che il legislatore ha attribuito al detto articolo. E quale è la spiegazione che ne dà il Persil, e che esso crede conforme all' intenzion vera del legislatore? Eccola: « On a déjà vu, par l'article précédent, que les meubles considérés isolément ne pouvaient être hypothéqués.... Notre article ne peut donc vouloir dire autre chose, si ce n'est que les meubles qui, comme tous les autres biens du débiteur, sont le gage commun des créanciers, cessent de leur être affectés dès qu'ils sont légitimement sortis de ses mains.... Si donc un créancier saisit les meubles de son débiteur, le prix en provenant est toujours distribué par concurrence, sauf cependant les cas où il y a des privilèges. Mais

(1) Art. 2119.

si ces meubles étaient une fois sortis des mains du débiteur, les créanciers, même ceux ayant privilège, ne pourraient plus les saisir, parce que, comme le dit notre article, cette espèce de bien *n'a pas de suite par hypothèque* (1). » Mi perdoni l'illustre Persil, ma io non posso accettare la sua spiegazione, per una ragione ch'io credo giustissima. Egli dice che l'articolo 2119 significa che i mobili, i quali sono la garanzia comune dei creditori, cessano di esser tali quando furono dal debitore alienati e passati in terze mani. Se questa fosse la vera spiegazione dell'artic. 2119, se questo fosse il senso alle parole del detto articolo attribuito dal legislatore, quale ne sarebbe la conseguenza? Allora bisognerebbe estendere la disposizione dell'articolo 2119 anche agli immobili, allora il legislatore avrebbe dovuto dire: « Les meubles et les immeubles n'ont pas de suite par hypothèque. » Imperocchè non solo i mobili, ma altresì gl'immobili del debitore sono la garanzia comune de'suoi creditori, e questa garanzia vien meno ai creditori chirografarj, che non possono vantare alcuna ipoteca, tanto se il debitore aliena i beni mobili, quanto se aliena i suoi beni immobili (2). È questa la sorte della garanzia che hanno i creditori chirografarj sui beni mobili ed immobili del debitore. Questa garanzia dura, o si tratti di beni mobili o d'immobili, finchè i beni rimangono in potere del debitore; ma cessa e svanisce colla loro alienazione, salvo solo ai creditori chirografarj il diritto di domandare la rescissione delle alienazioni fatte dal debitore maliziosamente in loro frode. La garanzia che dà la legge ai creditori chirografarj sui beni del debitore non è diversa secondo la diversità dei beni o mobili o immobili, e produce gli stessi risultati tanto sui mobili quanto sugli immobili. Non può dunque assolutamente accettarsi il senso che dà il Persil alle parole dell'articolo 2119, perchè allora i Compilatori del Codice avrebbero il torto di avere limitato una massima generale, che si applica a qualunque maniera di beni mobili ed immobili, ai soli beni mobili.

Il Duranton dà all'articolo 2119 una spiegazione diversa da quella del Persil. Primieramente dichiara che in Francia era anticamente permessa l'ipoteca sui mobili, ma sotto l'importante restrizione che una tale ipoteca non fosse esercibile con-

(1) Art. 2119.
(2) Vedi vol. I, n. 9, pag. 9.

tro il terzo possessore, e dice che da questo sistema ebbe origine la massima della Giurisprudenza Francese; — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* — Dichiara inoltre che questa stessa massima è stata riprodotta dai Compilatori del Codice Civile nell'articolo 2119 in un senso differente (1). Ecco pertanto il significato che attribuisce il Duranton alle parole dell'art. 2119: « Il est clair que, sous le Code, la règle, *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, n'aurait aucun sens, appliquée aux meubles ordinaires, puisqu'ils ne peuvent être hypothéqués: dès lors il allait de soi-même qu'ils ne pussent être suivis par voie d'hypothèque: il eût donc été inutile de le dire. Elle doit être entendue des meubles qui étaient devenus immeubles par destination, et qui ont été affectés de l'hypothèque avec l'immeuble, mais qui, une fois séparés du fonds, ne peuvent être suivis par voie d'hypothèque, parce que, par la séparation, ils ont repris leur caractère de meubles ordinaires. Au lieu qu'anciennement, dans les pays où les meubles étaient susceptibles d'hypothèque, mais sans droit de suite, la maxime, dans ces pays, avait un sens même à l'égard des meubles ordinaires, attendu que, bien que frappés d'hypothèque, ils ne l'étaient que tant qu'ils étaient en la possession du débiteur (2). » A me pare che neppure si possa accettare la spiegazione del Duranton. Primieramente, con qual fondamento vuol dare il Duranton alle parole dell'articolo 2119, le quali non sono che una ripetizione dell'antica massima — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, — un significato diverso da quello che aveva la massima stessa della Francese Giurisprudenza? Con qual fondamento vuol egli riferire le parole del detto articolo ai soli mobili divenuti immobili per destinazione e gravati dell'ipoteca a cui vengono sottoposti gl'immobili, di cui sono un accessorio, mentre l'antica massima, di cui l'articolo 2119 è una fedele ripetizione, si applicava in Francia, come egli stesso ammette, a tutti i mobili che erano capaci d'ipoteca esercibile soltanto in faccia al debitore e ai suoi creditori, e non in faccia al terzo possessore? D'altra parte l'ipoteca costituita sui mobili divenuti immobili per destinazione non cade soltanto e vien meno, come dichiara lo stesso Duranton, quando i detti mobili vengono alienati senza gl'immobili di cui erano un acces-

(1) N. 254.
(2) N. 280.

sorio, ma subito che vengono separati e staccati dagli immobili ipotecati, non ostante che così separati e staccati continuino a rimanere in possesso dello stesso debitore; e ciò perchè questi mobili, divenuti immobili per destinazione, appena sono separati dagli stessi immobili, perdono la qualità d' immobili e con essa anche la capacità ad essere soggetto di una ipoteca, la quale secondo l'articolo 2114 deve essere necessariamente costituita su beni immobili. Come dunque possono le parole dell' articolo 2119 applicarsi a questi mobili staccati dagli immobili, di cui erano un accessorio, mentre il diritto *de suite* può solo riferirsi all' azione ipotecaria da esercitarsi contro il terzo possessore?

Il Troplong si limita a dire che l'articolo 2119 è la ripetizione dell' antica massima della Giurisprudenza Francese, — *Meuble n'a pas de suite par hypothèque,* — e ne conclude che l'acquirente di un mobile non può essere mai molestato con azione ipotecaria: « La conséquence de cette règle est que l'acquéreur d'un meuble ne peut être hypothécairement inquiété (1). » La conseguenza che ne trae il Troplong è giustissima; ma giustifica la critica che noi abbiamo fatta al testo francese dell' articolo 2119. Imperocchè la detta massima dell' antica Giurisprudenza Francese, se da una parte significava che l'ipoteca sui mobili non era esercibile contro il terzo possessore, supponeva dall' altra che l'ipoteca sui mobili fosse valida ed avesse il pieno suo effetto in faccia ai creditori finchè i mobili ipotecati restavano in mano del debitore; laddove secondo i principj stabiliti dal Codice Napoleone negli articoli 2114 e 2118, giusta i quali l'ipoteca può soltanto essere costituita su beni immobili, non solo i mobili *n'ont pas de suite par hypothèque*, ma sono assolutamente e radicalmente incapaci d'ipoteca, sia che rimangano in potere del debitore, sia che passino in mano di un terzo possessore. Io non sto in forse dal dire che la disposizione dell' articolo 2119, quale trovasi scritta nel testo francese del Codice Civile, male risponde e male si concilia cogli antecedenti articoli 2114 e 2118, i quali dichiarando capaci d'ipoteca i soli beni immobili colpiscono i beni mobili d'incapacità assoluta a portare il peso di una ipoteca sia in faccia al terzo possessore, sia in faccia allo stesso debitore e ai suoi creditori.

Il testo italiano dell' articolo 2119 ha corretto il testo fran-

(1) Art. 2119, n. 414.

cese, dichiarando in termini generali ed assoluti che l' ipoteca sopra i mobili non ha luogo. Il testo francese — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — fa supporre che l' ipoteca sui mobili abbia effetto finchè i mobili restano in mano del debitore, e ciò in contraddizione alla massima stabilita cogli articoli 2114 e 2118. Al contrario il testo italiano — *L' ipoteca sopra i mobili non ha luogo* — non solo è in armonia coi detti due articoli, ma è un corollario dei medesimi. Imperocchè se l' ipoteca è essenzialmente un diritto reale costituito sopra beni immobili, come dice l' articolo 2114, se soltanto sono suscettibili d' ipoteca i beni immobili e l' usufrutto degli stessi beni, come dice l'articolo 2118, ne viene per legittima ed immediata conseguenza che i mobili non sono capaci d' ipoteca. È verissimo che in forza delle due citate disposizioni degli articoli 2114 e 2118 i mobili restano necessariamente esclusi dal numero delle cose capaci d' ipoteca; ma ad ogni modo il testo italiano dell' articolo 2119 è una dichiarazione espressa di ciò che dai due citati articoli tacitamente risulta. Il testo francese al contrario dell' articolo 2119, col quale viene ripetuta l' antica massima — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque,* — non importerebbe l' assoluta e radicale incapacità dei mobili a reggere il peso di una ipoteca, ma torrebbe soltanto l' effetto della ipoteca e la relativa azione ipotecaria in faccia al terzo possessore dei mobili gravati. La massima del testo francese — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — è giustissima, quando si applica ai privilegi costituiti sui mobili. Imperocchè tali privilegi, comecchè diritti reali, sussistono e danno al creditore il gius di prelazione, finchè i mobili sui quali sono costituiti rimangono in potere del creditore o del debitore. Quando i mobili passano in terze mani, il privilegio svanisce, e il creditore privilegiato non ha alcuna azione reale contro il terzo possessore. A questi privilegi, che sebbene diritti reali rimangono estinti col passaggio dei mobili, su cui sono costituiti, in terze mani, si può e si deve applicare la massima dell' antica Giurisprudenza Francese, ripetuta nel testo francese dell' articolo 2119 — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* — Ma quando si tratta d' ipoteca, siccome questa non può più radicarsi sui mobili secondo i principj del Codice Napoleone, non deve più dirsi — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque,* — quasi che l' ipoteca sia soltanto inefficace contro il terzo possessore, ma deve

dirsi in termini generali ed assoluti, come dice appunto il testo italiano dell' articolo 2119, che *l' ipoteca sopra i mobili non ha luogo*. Le quali parole, che non possono dar luogo ad alcun dubbio, proclamano appunto l' assoluta nullità dell' ipoteca costituita sui mobili, sia che questi rimangano in potere del debitore proprietario, sia che per un contratto qualunque passino in mano di un terzo possessore. Il Duranton parlando dell' articolo 2119 dice: « Il faut bien remarquer que, quoique cet article soit placé dans le Code, sous le chapitre 3 intitulé *Des Hypothèques,* sa disposition néanmoins s'applique aussi aux privilèges (1). » Io direi piuttosto che la massima dell' antica Giurisprudenza Francese, ripetuta nel testo francese dell' articolo 2119, dovea collocarsi non già sotto il capitolo che tratta *Delle ipoteche*, ma sotto la sezione che tratta *Dei privilegi sopra i mobili.* Quivi era il suo vero posto. Sotto il capitolo che tratta *Delle ipoteche* l' antica massima della Giurisprudenza francese — *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* — dovea cedere il luogo ad una massima più generale ed assoluta, a quella cioè che trovasi espressa nel testo italiano del Codice Napoleone colle parole — *L' ipoteca sopra i mobili non ha luogo*. Secondo il Codice Napoleone i beni per loro natura mobili possono divenire d' ipoteca capaci solo quando per la destinazione del padrone perdono in faccia alla legge la qualità di mobili; e quella acquistano d' immobili. Questo caso è chiaramente contemplato nell' articolo 2118, ove sono dichiarati capaci d' ipoteca gli accessorj degl' immobili riputati come immobili. Ma giova ripetere ciò che abbiamo altra volta detto, cioè che l' ipoteca costituita sui mobili divenuti immobili per destinazione cessa *ipso jure* e svanisce nello stesso momento in cui i detti mobili cessano di essere accessorj dell' immobile ipotecato. Distaccati dall' immobile ripigliano la loro natura che aveano accidentalmente perduto, e per conseguenza divenendo col perdere la immobilità inabili a sostenere il peso della ipoteca, che essenzialmente deve poggiare sopra beni immobili, l' ipoteca che sopr' essi si era radicata non può più in alcuna maniera durare e sopravvivere. E siccome i detti mobili perdono il carattere d' immobili non solo se vengono alienati e passati in mano di un terzo possessore senza l' immobile, di cui erano un accessorio, ma anche quando continuano a rimanere in possesso del de-

(1) N. 280.

bitore dopo di essere stati staccati dall'immobile; perciò la ipoteca che sui medesimi gravitava svanisce non solo in faccia al terzo possessore, ma anche in faccia al debitore e ai creditori di lui, se continuarono a rimanere in possesso dello stesso debitore; e il prezzo di questi mobili, che cessarono di far parte come accessorj dell'immobile ipotecato, verrà distribuito per contributo fra i creditori chirografarj.

591. Gli articoli 2169 del Codice di Parma e 2167 del Codice di Sardegna ripetendo la disposizione dell'articolo 2119 del testo italiano del Codice Napoleone dichiarano essi pure che l'ipoteca sopra i mobili non ha luogo.

Il Codice delle Due Sicilie nell'articolo 2005 stabilisce che l'ipoteca sopra i mobili accessorj d'immobili non dura, quando passano in mano di un terzo.

Intorno a questa disposizione dell'articolo 2005, mi piace osservare che i mobili accessorj d'immobili perdono la qualità d'immobili non solo quando passano in mano di un terzo, ma anche quando restano in mano dello stesso proprietario, che ha cambiata la loro destinazione. Siccome i mobili accessorj d'immobili diventano essi pure immobili pel solo fatto della ricevuta destinazione, così perdono necessariamente la qualità d'immobili, che loro non è naturale, tostochè cessano dal far parte dell'immobile a cui erano stati aggiunti come accessorj; sia che rimangano in potere dello stesso proprietario, sia che passino in altre mani, e ciò coerentemente al principio stabilito nella L. 59, D. *De rei vindicatione:* « Simul atque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. » E se col cessare di far parte dell'immobile a cui erano stati aggiunti, ricuperano la loro natura di mobili e perdono il carattere di beni immobili, comecchè rimangano in potere e possesso del medesimo proprietario, ragion vuole che svanisca assolutamente l'ipoteca ond'erano stati gravati, o passino in mano di un terzo, o restino in potere dello stesso proprietario che cambiò la loro destinazione. La disposizione del citato articolo 2005 per essere in armonia coll'articolo 2000, secondo il quale l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra gl'immobili, dovea essere più generale, e dovea, a parer mio, dichiarare che l'ipoteca sopra i mobili accessorj d'immobili non dura, quando cessano in qualunque modo di essere accessorj dell'immobile ipotecato.

592. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj nel § 106 stabilisce che sono affatto incapaci d'ipoteca: 1° i crediti e le azioni, ancorchè reali ed ipotecarie, compresi i censi consegnativi e riservativi; 2° i mobili di qualunque specie; 3° gli animali, benchè formino gregge o armento separato, i fondachi, le botteghe, gli stabilimenti di commercio, d'industria, di manifatture; 4° e generalmente tutti gli oggetti non compresi nella disposizione del § 104, sebbene dal Diritto Comune siano considerati come immobili.

Il Codice Napoleone nel capo che tratta *Dei beni mobili* determina le cose che sono mobili o per loro natura o per determinazione della legge, e qualunque dubbio sulla natura delle cose deve essere deciso colla scorta dei principj stabiliti in detto capo e nell'antecedente che tratta *Dei beni immobili,* qualunque volta nasce disputa se una cosa sia o no capace d'ipoteca. Il Regolamento Ipotecario Pontificio non ha lasciato alcun dubbio sulle cose che possono essere o no capaci d'ipoteca, perchè non contento di avere nel § 104 e nel § 105 determinate tassativamente le cose capaci d'ipoteca, determina altresì nel § 106 le cose che ne sono incapaci. Sono molte le questioni che si fanno dai Forensi sulla natura di alcuni diritti, se debbano annoverarsi tra le cose mobili o le immobili. Ma il lodato Regolamento ha tagliato il nodo con un colpo decisivo, dichiarando nell'ultima parte del citato § 106, che generalmente sono affatto incapaci d'ipoteca tutti gli oggetti non compresi nella disposizione del § 104, sebbene dal Diritto Comune siano considerati come immobili.

593. Anche il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche tolto ha ogni materia e pretesto di disputa sulle cose che sono incapaci d'ipoteca. Imperocchè dopo avere nell'articolo 4 determinate le cose che ad ogni effetto della Legge Ipotecaria devono riputarsi beni immobili, dichiara nel successivo articolo 5 che tutti gli altri beni ed assegnamenti non indicati nell'articolo 4 sono e si riguardano come beni mobili.

594. L'articolo 2160 del Codice di Modena ripete nei seguenti termini la disposizione del testo italiano dell'articolo 2119 del Codice Napoleone: « *L'ipoteca sopra i mobili non ha luogo.* » I dubbj che possono farsi, se una cosa sia o no mobile, devono decidersi colle regole saviamente stabilite dallo stesso Co-

dice nel capo che tratta *Dei beni mobili* (1), nel quale vengono determinate le cose che sono mobili o per natura o per destinazione.

Articolo 2120.

Il presente Codice non deroga in alcuna parte alle disposizioni delle leggi marittime, concernenti le navi ed i bastimenti di mare.

SOMMARIO.

595. Le navi ed i bastimenti sono per Diritto Romano ed anche pel Codice di Commercio annoverati tra le cose mobili. Ciò nonostante il Codice di Commercio li fa in alcuni casi capaci d'ipoteca legale o di privilegio esercibile anche in faccia al compratore. Il Codice Civile non deroga alle disposizioni delle Leggi Marittime.

596. Il Codice del Regno delle Due Sicilie e il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche fanno la stessa dichiarazione che fa il Codice Napoleone nell'articolo 2120 riguardo alle leggi concernenti le navi ed i bastimenti.

597. I Codici di Parma e di Modena accordano con espressa disposizione ai forestieri il diritto di acquistare l'ipoteca tanto legale, quanto convenzionale o giudiziale. Una simile disposizione fu dettata da giustissime ragioni, e ha tolto il dubbio lasciato su questo punto dal Codice Napoleone.

595. Le navi, qualunque sia la loro grandezza, sono cose mobili (2), e perciò Ulpiano nella L. 1, § 7, D. *De vi et de vi armata*, dice che l'Interdetto *De vi*, il quale fu accordato a chi era stato scacciato per forza dal possesso di cosa immobile, non compete a chi per forza è scacciato da una nave: « Si quis de nave vi dejectus est, hoc Interdicto locus non est: argumento ejus, qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit Interdicto hoc uti posse. » Per la stessa ragione Paolo nella L. 20, § 4, D. *Quod vi aut clam*, nega, quando si tratta di nave, l'altro Interdetto *Quod vi aut clam*, perchè anche questo non competeva riguardo alle

(1) Lib. 2, cap. 2.
(2) Voet, lib. 1, tit. 8, n. 11.

cose mobili: « Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc Interdicto. » Anche l'articolo 190 del Codice di Commercio dichiara che i navigli ed altri bastimenti di mare sono mobili. Non potrebbero dunque, secondo i principj del Codice Civile Napoleone, essere capaci d'ipoteca o di privilegio esercibile in faccia al terzo possessore. Ma il Codice di Commercio per l'interesse appunto del commercio ha derogato a questi principj, e nel citato articolo 190 stabilisce che i navigli ed altri bastimenti di mare, non ostante che siano mobili, sono vincolati per il pagamento dei debiti del venditore, e specialmente per quelli che sono dichiarati privilegiati, e di cui è fatta dettagliata enumerazione nel successivo articolo 191. Questo vincolo dei navigli ed altri bastimenti di mare a garanzia dei debiti del venditore si risolve in una ipoteca legale (1) o privilegio esercibile contro il terzo compratore. Infatti l'articolo 196 del lodato Codice di Commercio dispone che la vendita volontaria di una nave in viaggio non pregiudica ai creditori del venditore, e che, non ostante la vendita, la nave e il suo prezzo continuano ad essere il pegno dei detti creditori. Dal che si vede che le navi ed i bastimenti sono regolati dalle disposizioni delle Leggi Marittime, diverse dalle leggi generali del Codice Civile.

596. Anche il Codice del Regno delle Due Sicilie dichiara nell'articolo 2006, ad imitazione dell'articolo 2120 del Codice Napoleone, che le leggi civili sui privilegi e le ipoteche non derogano in alcuna parte alle disposizioni delle leggi di eccezione per gli affari di commercio, concernenti le navi ed i bastimenti di mare. Parimenti il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dichiara esso pure nella seconda parte dell'articolo 5 che quanto ai bastimenti e alle navi si procede colle regole del Codice di Commercio.

597. Prima di passare a discorrere della ipoteca legale, credo opportuno di far menzione di una disposizione saggissima e utilissima dei Codici di Parma e di Modena, che manca nel Codice Napoleone. Questa disposizione riguarda il diritto attribuito ai forestieri di acquistare l'ipoteca tanto legale, quanto giudiziale e convenzionale. Tutti sanno come gli antichi Romani fossero gelosi dei diritti derivanti dalla romana cittadinanza, e come di questi non potessero essere partecipi i forestieri. Il gius del con-

(1) Persil, art. 2120, n. 1.

nubio, della patria podestà, del patronato, il diritto di far testamento o di accettare la eredità lasciata per testamento da un cittadino Romano, e molti altri diritti che non accade mentovare, erano negati ai forestieri (1). È famosa la disposizione delle Leggi delle XII Tavole, che negava ai forestieri il diritto della usucapione: « Adversus hostem æterna auctoritas esto. » Le quali parole vengono spiegate dal Gravina nel seguente modo: « Ex legibus XII Tabularum adversus hostem, sive peregrinum, æterna est auctoritas, hoc est, salvum semper et integrum est rei dominium, ita ut numquam peregrinus possit rem usucapere civis Romani, quia cum peregrinis non est comunio juris civilis (2). » Ciò che importa il notare si è che, sebbene non fossero i forestieri partecipi dei diritti proprj dei cittadini Romani, erano però capaci di tutti quei contratti e negozj che ripetevano la loro origine dal Gius delle Genti. Di ciò non lascia alcun dubbio l'autorità dell'Eineccio: « Denique nec jus habebant legitimi dominii, nexus, mancipii (quamvis recte ab iis iniri et explicari possent contractus et negotia Juris Gentium) (3). » Anche quanto al dominio, se i forestieri non erano capaci del dominio *Quiritario* ossia *legittimo*, proprio dei soli cittadini Romani, non erano però esclusi dal dominio *bonitario* ossia *naturale*, del quale i non cittadini potevano godere (4). E quanto al gius di dominio fu tolta finalmente ogni differenza tra i cittadini e forestieri dopo che Giustiniano colla L. un. C. *De nudo Jure Quir. tol.*, e coll'altra L. un. C. *De usucap. transform.*, abolì ogni distinzione fra cose *mancipi* e cose *non mancipi*, e fra dominio *Quiritario* e dominio *bonitario*. Se pertanto i forestieri erano capaci dei contratti sanzionati dal Gius delle Genti, è forza il ritenere potessero altresì acquistare il gius di pegno o d'ipoteca; e perchè un tal gius non è che l'accessorio di una obbligazione qualunque, e perchè trattasi di un diritto che ripete la sua origine dal Gius delle Genti. I Romani, come abbiamo visto più sopra, credevano capaci di pegno non solo le obbligazioni civili, ma altresì le naturali; e vorremo credere che i forestieri non potessero acquistare il gius di pegno che non ha altro scopo che di garantire una obbligazione o na-

(1) Heinec. Antiq. Rom., cap. 6, lib. 1, adpend., § 137.
(2) De Jure nat. gent. et XII Tab., n. 39.
(3) Antiq. Rom. Adp., lib. 1, cap. 6, § 137.
(4) Heinec., Elem. Jur., lib. 2, tit. 1, § 336.

turale o civile? L'ipoteca non era che un nudo patto, che era perfetto col semplice consenso senza bisogno di alcuna formalità; e il contratto reale di pegno era perfetto colla semplice tradizione della cosa, la quale, anche quando si tratta di acquistare il dominio, viene annoverata tra i modi di Gius Naturale (1). Ho detto più sopra e giova qui ripetere che l'ipoteca discende dal gius di proprietà, antico quanto l'umano individuo, ed è perciò di Diritto Naturale e delle Genti. Ma siccome alcuni Dottori contrastano all'ipoteca questa origine, così per dar peso e autorità alle mie parole riporterò il seguente passo dell'immortale Lampredi, il quale sostiene non solo che il gius di pegno e d'ipoteca è di Diritto Naturale, ma che anzi per Gius Naturale i creditori hanno un tacito pegno sui beni presenti e futuri del debitore: « Si Naturale Jus spectes, creditor pignus et hypothecam naturalem in bonis debitoris habet, sive ea possederit tempore contractae obligationis, sive ea postea quæsiverit, sive corporalia, sive incorporalia sint; atque adeo si solvere debitum detrectet, ea creditori jure proprio invadendi facultas est naturalis. Cum enim omnibus imposita sit obligatio ut suum cuique tribuat, et relativum jus aliis concessum est ut quod sibi debetur quocumque pacto vindicent. Si mitiora igitur desint media, et rem ipsam debitam persequi nefas sit, quin aliud tantumdem valens etiam per vim licite arripere possim vix ambigendum: nam jura omnia perfecta sive naturalia, sive hypotetica et contracta, inutilia omnino dicenda essent, si ea persequi et explere Naturæ legibus vetitum esset. Itaque cum rem meam, aut mihi debitam consequi non possum, ad tantumdem licite feror, quod est morali æstimatione idem. Dubitari tamen posset, quid juris statuendum, si plures contra debitoris bona concurrant eodem tempore ad expletionem juris, et si debitor solvendo omnibus non sit, quis potior in pignore et hypotheca habeatur. Creditorum concursus eodem tempore in proposita quæstione supponitur, nam si creditores omnes forte quiescant debitoris fide tuti, et quis eorum sibi debitum petat, et non solventis debitoris bona aggressus ea loco pignoris occupet, jure suo utitur, nec ceteris injuriam facit, quibus imputandum quod non quæsierint ex debitoris bonis, cum adhuc in ejus dominio essent, debiti securitatem, et amici fortasse fidem sequi maluerint. Si autem omnes eodem tempore jure naturalis hypo-

(1) Instit., lib. 2, tit. 1, § 40.

thecæ utantur vel quod una simulque, et veluti ex condicto bona debitoris aggrediantur, vel quod debitor aut expresse aut tacite confessus se omnibus solvendo non esse, bona sua omnia in solutum dederit, vel quod vita functus bona sua creditoribus obligata reliquerit, videntur naturali ratione sequenti ordine creditores præferendi. Primo igitur ceteris omnibus anteferri merentur illi, a quibus aliquid impensum est vel ut debitor patrimonium augeret, vel bona jam quæsita conservaret, vel pretiosiora et æstimabiliora redderet. Secundo eorum prævaleat jus æquum est, qui priores sunt tempore. Primi enim in causa fuere ut debitor haberet unde creditoribus suis satisfaceret, et pecunia sua effecerunt ut salva esset totius pignoris causa, atque adeo cum quodammodo gesserint utiliter creditorum negotia, quidquid impenderint ad pignoris conservationem restituatur oportet: alteri vero juxta temporis prioritatem præferendi, quod ex tempore crediti jus quæsierint pro rata in bonis debitoris, quod a posterioribus priore invito auferri nequit, si uno eodemque tempore adversus debitoris bona concurrant. In naturali statu igitur conventionalis hypotheca inutilis omnino, in civili vero utilissima, quippe conventionalis hypotheca naturalem vincit juxta ordinem cujusque loci legibus definitum (1). » Le parole del Lampredi mi dispensano dall' aggiungere ulteriori osservazioni per provare che il gius dell' ipoteca è di Diritto Naturale e delle Genti. E perciò deve tenersi per fermo che secondo i principj delle Romane Leggi, anche i forestieri fossero capaci di acquistare un tal gius e di godere di tutti i vantaggi che nel conflitto con altri creditori dal medesimo derivano.

E secondo i principj del Codice Napoleone potranno i forestieri acquistare un gius d' ipoteca? Quando si dovesse giudicare questo punto coi principj stabiliti dal Codice Napoleone sulla materia delle successioni intestate e testate, si dovrebbe dire che i forestieri non sono ammessi a godere del gius d' ipoteca. Imperocchè l' articolo 726 dichiara che uno straniero non è ammesso a succedere ne' beni che il suo parente straniero o italiano possedeva nel territorio del Regno, se non nei casi e nel modo con cui un Italiano succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero. Parimenti l' articolo 912, che riguarda

(1) Johannis Lampredi Florentini Juris publici universalis, sive Juris naturæ et gentium Theoremata, tom. 2, p. 1, cap. 12, § 1.

la capacità di ricevere per donazione tra vivi e per testamento, stabilisce che non potrà farsi alcuna disposizione a favore d' uno straniero, se non nel caso in cui questo straniero potesse disporre a vantaggio di un Italiano. Ma con altri principj e con altre regole dobbiamo procedere per giudicare se siano i forestieri capaci di acquistare un gius d' ipoteca, e ciò perchè l' ipoteca non è altro che un mezzo di garantire al creditore l' adempimento di una obbligazione. Ora l' articolo 15 dispone che un Italiano potrà essere citato avanti un Tribunale del Regno, per le obbligazioni da esso contratte in paese straniero, *anche con uno straniero.* Possono dunque gl' Italiani secondo i principj del Codice Napoleone obbligarsi efficamente verso gli stranieri. Possono gli stranieri acquistar crediti verso gl' Italiani, e chiederne il pagamento. Se ciò è certo, del che non lascia dubitare la disposizione del citato articolo, i forestieri potranno altresì acquistare ipoteche, essendo l' ipoteca, come molte volte si è detto, un semplice mezzo di garanzia di una obbligazione, e non un modo di acquistare il dominio dell' immobile ipotecato, come dice chiaramente la L. 3, C. *Si in causa judicati*: « In causa judicati pignora ex auctoritate Præsidis capta, potius distrahi, quam jure dominii possideri consueverunt. » Il Codice Napoleone ha ben pronunziato colle due citate disposizioni un interdetto contro i forestieri quando si tratta di successione intestata o testata ed anche di donazione; ma in tutti i titoli che riguardano la materia dei contratti e delle obbligazioni non si trova una sola disposizione che vieti all' Italiano di far contratti e di obbligarsi a favore di uno straniero. Al contrario il citato articolo 15 dà diritto allo straniero di citare avanti i Tribunali del Regno l' Italiano per le obbligazioni da questo contratte, e perfino per quelle contratte in paese straniero. Chi nega allo straniero il diritto di acquistare un gius d' ipoteca dice che l' ipoteca è di Diritto Civile, e che non bisogna confondere la obbligazione che è di Gius Naturale e delle Genti colla ipoteca che è una istituzione del Gius Civile. Ho già detta la mia opinione quanto all' origine della ipoteca. Se è di Diritto Naturale e delle Genti il diritto di proprietà, sebbene la legge civile ne regoli l' esercizio, non sarà di Gius delle Genti l' ipoteca, la quale non è che un modo di disporre della cosa propria a vantaggio e sicurezza del creditore? Per Diritto delle Genti potrà il proprietario trasferire in un altro per atto

tra vivi il dominio della cosa propria, potrà imporre sulla medesima servitù reali o personali, potrà insomma fare della cosa propria l' uso che più gli piace, e non potrà darla in ipoteca ad un suo legittimo creditore a garanzia della contratta obbligazione? Anche i contratti che sono di Diritto delle Genti sono sottoposti dalla legge civile a determinate regole; ma cesseranno per questo di essere del Gius delle Genti? Può per questo la legge civile togliere a questi contratti il diritto d' origine che dal Gius delle Genti ripetono? Se alcuni Interpreti dicono che non bisogna confondere la obbligazione colla ipoteca, io dico altresì che non bisogna confondere il gius d' ipoteca in sè stesso colle regole e forme a cui fu sottoposto dalla legge civile. L' ipoteca anche vestita delle forme volute dalla legge civile non cessa di essere una istituzione del Gius delle Genti, e queste forme che certamente sono obbligatorie per tutti, e che tutti, stranieri o cittadini, devono rispettare, non possono togliere allo straniero la facoltà di godere di un diritto che non dal Gius Civile, ma dal Gius Naturale e delle Genti trae la sua origine. Il perchè io penso col Troplong che anche i forestieri possono legittimamente acquistare ipoteca sui beni posti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone (1), purchè siano osservate tutte le forme e solennità dallo stesso Codice Napoleone prescritte.

Ma su questo punto, che certamente è della massima importanza, e del quale non fa parola il Codice Napoleone, tolse saviamente ogni motivo e pretesto di dubbio e di disputa il Codice di Parma, il quale nell' articolo 2170 dispone che l' ipoteca tanto legale, quanto giudiziale o convenzionale può acquistarsi anche dai forestieri. La stessa massima fu ripetuta nell' articolo 2161 del Codice di Modena, il quale così dispone: « *L' ipoteca tanto legale, quanto giudiziale o convenzionale può acquistarsi anche dai forestieri.* » Saggissima disposizione si è questa, resa necessaria dalle relazioni industriali e commerciali che nell' epoca in cui viviamo legano fra loro i popoli dei diversi Stati indipendentemente dalle leghe e dai trattati stipulati dai Governi. Una legge proibitiva in odio dei forestieri lungi di essere giustificata da ragionevoli motivi tornerebbe tutta in danno della proprietà fondiaria, la quale o dovrebbe restar priva dei capitali necessarj al suo miglioramento, quando il proprio paese per

(1) Art. 2115, n. 392 bis.

qualsiasi causa ne difettasse, o accettarli a più dure e gravose condizioni, essendo esclusa la concorrenza degli esteri capitali. Non si allontanino dalla proprietà fondiaria i capitali da qualunque parte essi vengano, chè nei paesi dove abbondanti capitali sono investiti nelle terre, una più florida coltura aumenta i prodotti, sparge l'abbondanza, e accresce il benessere delle popolazioni (1). Se il sistema dei Protezionisti, a giudizio dei quali le nazioni dovrebbero chiudersi in un recinto e respingere con gravi dazj le merci straniere, oramai è condannato dai più illustri Economisti, quanto non sarebbe da deplorare il sistema proibitivo nella legislazione ipotecaria, il quale vincolando l'esercizio legittimo e libero del gius di proprietà dei cittadini torrebbe alla proprietà fondiaria il sommo vantaggio della concorrenza dei capitali esteri coi nazionali! Il qual sistema proibitivo sarebbe oggigiorno altresì ridicolo dopo che le ferrovie e il telegrafo, miracoli del genio umano, non solo stringono e moltiplicano i vincoli e le relazioni delle diverse nazioni, ma quasi trasformano in realtà l'utopia di un'associazione universale dei popoli.

DELL' IPOTECA LEGALE.

Articolo 2121.

I diritti ed i crediti cui è attribuita l'ipoteca legale, sono:

Quelli delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti;

Quelli dei minori e degl' interdetti sopra i beni dei loro tutori;

Quelli della nazione, de' comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto.

(1) Boccardo, Economia, vol. 3, cap. 3, n. 259.

SOMMARIO.

598. Brevi cenni sul regime dotale romano.
599. Diritti, azioni, e privilegi competenti per Diritto Romano alla donna maritata per la restituzione della dote.
600. La donna maritata pei crediti stradotali e per la donazione obnuziale ha per Diritto Romano l'ipoteca legale semplice, non privilegiata.
601. Il Codice Napoleone negò alle donne maritate ogni privilegio in pregiudizio dei creditori ipotecarj anteriori, e loro accordò la semplice legale ipoteca sui beni dei mariti.
602. Se il matrimonio non ha avuto effetto, o è stato dichiarato nullo, la donna non ha l'ipoteca legale per la dote pagata, tranne il caso in cui la donna abbia contratto il matrimonio nullo in buona fede.
603. Se l'ipoteca legale accordata dall'articolo 2121 competa alla moglie di un forestiero, il quale possegga beni immobili nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone.
604. Se sia trasmissibile agli eredi della donna, e se possa cedersi.
605. Il marito non ha alcuna ipoteca legale a garanzia del pagamento della promessa dote.
606. La moglie non ha sui beni del suocero alcuna ipoteca legale.
607. La donna che contrae il matrimonio nei dieci giorni che precedono il fallimento del marito non acquista l'ipoteca legale.
608. Il Diritto Romano antico accordava ai pupilli e alle persone per vizio di prodigalità o di mente soggette a curatore un privilegio personale a garanzia dell'amministrazione dei tutori e curatori. A questo privilegio fu poscia surrogata un'ipoteca legale sui beni dei detti tutori e curatori.
609. Il Codice Napoleone accorda l'ipoteca legale ai minori sopra i beni dei loro tutori.
610. Se i figli minori soggetti all'autorità del padre durante il matrimonio dei genitori abbiano l'ipoteca legale sui beni del padre amministratore dei loro beni.
611. Se a termini del Codice Napoleone competa l'ipoteca legale sopra i beni del protutore.
612. Se competa contro chi amministra per conto del tutore.
613. Se competa contro il surrogato tutore.
614. Non compete contro i curatori dei minori emancipati.
615. Compete l'ipoteca legale contro il tutore officioso.
616. Se i figliastri abbiano l'ipoteca legale sopra i beni del patrigno che si unisce in matrimonio colla loro madre tutrice.
617. Soluzione di diversi dubbj a cui dà luogo l'articolo 395 del Codice

Napoleone nel caso che la madre tutrice rimaritandosi senza convocare il Consiglio di famiglia conservi indebitamente la tutela.

618. Non solo ai minori, ma anche agl' interdetti viene dall' articolo 2121 accordata l' ipoteca legale sopra i beni dei tutori.

619. I prodighi non hanno l' ipoteca legale sui beni dei loro consulenti.

620. L' ipoteca legale non compete contro un curatore deputato esclusivamente ai beni.

621. I beni dei tutori nominati per l' esecuzione delle disposizioni permesse cogli articoli 1048 e 1049 del Codice Napoleone non sono colpiti dall' ipoteca legale.

622. Non compete l' ipoteca legale contro il curatore nominato al ventre, nè contro l' amministratore provvisionale deputato durante il giudizio onde fu provocata l' interdizione di una persona.

623. Non compete l' ipoteca legale sopra i beni del tutore *ad hoc* nominato per affari speciali.

624. Se un atto di tutela fatto in paese estero dia l' ipoteca legale sopra i beni posti sotto la legge del Codice Napoleone.

625. L' ipoteca legale compete ai minori ed interdetti a garanzia delle somme, di cui i tutori risultano debitori per tutte le cause dipendenti dalla tenuta amministrazione.

626. Se l' ipoteca legale competa anche pei crediti che i minori ed interdetti hanno contro i tutori per cause estranee all' amministrazione della tutela.

627. L' ipoteca legale accordata ai minori ed agl' interdetti dura anche dopo che cessò la tutela sino a che non rimanga estinta nei modi ordinarj, onde si estinguono le altre ipoteche.

628. Quali diritti competano per Diritto Romano alla Nazione ossia al Tesoro pubblico sopra i beni dei suoi debitori. Secondo il Codice Napoleone la Nazione ha un' ipoteca legale o un privilegio secondo i casi determinati da leggi speciali.

629. Quali diritti spettassero alle città per Diritto Romano sui beni dei loro debitori. Il Codice Napoleone accorda ai Comuni ed ai pubblici stabilimenti un' ipoteca legale sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto.

630. I privilegi non inscritti nel termine fissato dalla legge si convertono in semplici ipoteche legali.

631. Il Diritto Romano accordava ai legatarj sui beni della eredità indipendentemente dal benefizio della separazione dei patrimonj una ipoteca legale. Anche secondo il Codice Napoleone compete ai legatarj una ipoteca legale sugli immobili della eredità distinta dal privilegio della separazione dei patrimonj.

632. Se questa ipoteca legale competente ai legatarj indipendentemente dal privilegio della separazione dei patrimonj sia efficace in con-

corso soltanto dei creditori personali dell'erede, o anche in concorso dei creditori dell'eredità; e se sia efficace e produca gli effetti giuridici derivanti dal gius d'ipoteca quando si esercita in concorso di soli legatarj.

598. Ci faremo ad esaminare ad uno ad uno i diversi crediti, a cui il Codice Napoleone accorda l'ipoteca legale, e per cominciare da quelli delle donne maritate, premetteremo alcuni brevi cenni sul regime dotale romano. La dote ha necessaria relazione col matrimonio, e tanta che senza matrimonio, come dice Ulpiano nella L. 3, D. *De jure dot.*, non vi può esser dote: « Neque enim dos sine matrimonio esse potest. » Ma per conoscere la natura del gius che la legge attribuisce sulla dote al marito, è necessario aver riguardo alla qualità delle cose date in dote e al modo onde la medesima viene costituita. Se il marito riceve in dote cose fungibili, ossia quelle cose le quali *in genere suo functionem recipiunt per solutionem, magis quam specie,* come dice Paolo nella L. 2, D. *De reb. cred.*, in tal caso è padrone assoluto ed irrevocabile della dote, e la moglie diviene semplice creditrice del marito, e ciò perchè simili cose, come dice la L. 42, D. *De jure dotium,* « in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque, soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres ejus. » Quando poi sono date in dote cose diverse dalle fungibili, allora bisogna distinguere la dote *stimata* dalla *inestimata.* Se la dote è stimata, il marito ne diviene padrone assoluto non meno che quando si tratta di dote costituita su cose fungibili, e la moglie, come dice la L. 5, C. *De jure dot.*, rimane semplice creditrice: « Quoties res æstimatæ in dotem dantur; maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur. » La costituzione della dote stimata si risolve in una vera vendita fatta al marito delle cose dotali, e di questa verità non lascia alcun dubbio la L. 10, § 4, D. *De jure dotium:* « Si ante matrimonium æstimatæ res dotales sunt, hæc æstimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, *si matrimonium fuerit secutum:* secutis igitur nuptiis, æstimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. » Quindi è che nel caso di dote stimata il marito ha libera facoltà di alienare le cose dotali, mobili ed immobili (1), come quelle che gli appartengono in piena proprietà, ed è verso la moglie debitore di quantità, ossia del prezzo

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 8, pr.

di stima, e non debitore di specie. Può anche nel caso di dote stimata convenirsi che la restituzione della dote si faccia nella stessa specie; ma allora la L. 69, § 7, D. *De jure dot.*, dice che non ha più luogo quella vendita che regolarmente succede nel caso di dote stimata fra la moglie e il marito: « Cum res in dotem æstimatas, soluto matrimonio, reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur. » L'obbligo della restituzione della dote nella stessa specie è talmente incompatibile colla dote stimata, che la dote stessa non si considera più stimata, e la stima s'intende fatta non già all'effetto di trasferire il dominio assoluto ed irrevocabile nel marito, ma allo scopo indicato nella L. 21, C. *De jure dot.*, cioè di fissare i limiti della responsabilità del marito nel caso di deterioramento della dote: « In placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne, si species aliqua deminuta fuisset, aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur. »

Se nel caso di dote stimata avviene una vera vendita tra la moglie ed il marito, se il marito a somiglianza di qualunque compratore diventa padrone assoluto ed irrevocabile delle cose dotali, e di queste può liberamente disporre come di cosa propria, nulla di tutto questo ha luogo nel caso di dote inestimata, sebbene il marito si chiami il padrone della dote. Della dote inestimata il marito è veramente il proprietario, o ha un semplice usufrutto? Stabilisce la L. 10, C. *De jure dot.*, che i danni e i miglioramenti della dote stimata sono a tutto rischio e vantaggio del marito, che ne è il solo e vero proprietario; e al contrario la L. 10, pr. D. *De jure dot.*, dichiara che le cose date in dote inestimata si fanno migliori o deteriori in vantaggio e in danno della moglie: « Quoties igitur non æstimatæ res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt. » La L. 17, D. pr. *De jure dot.*, fa il marito responsabile verso la moglie dei danni recati per dolo e per colpa: « In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam. » Così pure la L. 56, § 3, D. *De jure dot.*, accorda al marito obbligato alla restituzione della dote inestimata il diritto di ritenzione pel rimborso delle spese sostenute per la conservazione della stessa dote: « Nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. » Inoltre la L. 7, pr. D. *De jure dot.*, accorda semplicemente al marito il diritto di percepire i frutti della dote: « Dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas suggerit. »

Parimente la L. 7, § 12, D. *Soluto mat.*, misura i diritti del marito colla stessa regola onde sono fissati quelli del semplice usufruttuario: « Si fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit: si hæ fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. » Dai citati testi pare doversi concludere che la proprietà della dote inestimata appartiene alla moglie, e che il marito non ha altri diritti che quelli di un semplice usufruttuario. E questa conclusione trova una conferma nella L. 75, D. *De jure dot.*, la quale dichiara apertamente che la dote è proprietà della moglie: « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. » Ma sebbene il marito sulla dote inestimata abbia in sostanza gli stessi diritti dell'usufruttuario, è però certo che le Leggi Romane lo dichiarano padrone della dote, e gliene accordano il dominio. Questo dominio gli viene espressamente attribuito dalla L. 13, § 2, D. *De fundo dotali:* « Dotale prædium sic accipimus, cum dominium marito quæsitum est. » Anche la L. 23, C. *De jure dot.*, e molte altre che lungo sarebbe il citare, attribuiscono al marito il dominio del fondo dotale inestimato. Di questo dominio competente al marito sul fondo dotale inestimato ci porge una prova irrefragabile Giustiniano colle seguenti parole: « Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit.... Nam dotale prædium maritus invita muliere per Legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum (1). »

Ma come puossi conciliare il dominio del marito sulla dote inestimata colle massime dei testi riportati più sopra, da cui pare doversi concludere che il marito non è che un semplice usufruttuario? Per verità molti Dottori ed Interpreti si sono trovati imbrogliati a trovare un modo di conciliazione, e lungo sarebbe e fuor d'opera passare a rassegna le diverse opinioni con irrepugnabili argomenti confutate dal sommo Vinnio caldo difensore del dominio che ha il marito sulla dote inestimata. Il modo di conciliazione trovato dal Vinnio brilla di luce sì limpida, che le ombre, che dall'apparente contradizione dei citati testi si sollevarono nell'animo di alcuni Interpreti, svaniscono e si dileguano. Ecco le parole del Vinnio: « Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: ceterum, quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo,

(1) Instit., lib. 2, tit. 8, pr.

solutoque matrimonio rediturum ad mulierem, hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, et adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu Iurisconsultos nonnunquam ita loqui, tanquam de non domino, et quasi rei alienæ administratore (1).» Il marito è certamente il padrone della dote inestimata, e lo è tanto che la famosa Legge Giulia, ampliata e corretta poscia da Giustiniano, gli proibì l'alienazione del fondo dotale, alienazione che senza bisogno di una speciale proibizione sarebbe stata a lui interdetta, quando della dote avesse avuto il semplice usufrutto. Ma è vero d'altra parte che il dominio del marito non è assoluto ed irrevocabile, ma è essenzialmente temporario e legato alla durata del matrimonio, sciolto il quale la moglie ricupera il primitivo gius di proprietà, i cui effetti anzichè spenti erano rimasti in sospeso. Il Voet (2) perciò ed il Brunnemanno (3) chiamano *civile* il dominio del marito, e dicono che durante il matrimonio offusca talmente quello della moglie, che essa non può esercitare i diritti derivanti dal gius di proprietà.

599. Era necessario premettere questi brevi cenni sul regime dotale romano prima di considerare le azioni e i diritti che le Leggi Romane accordano alle mogli sui beni del marito. Anticamente la moglie per ripetere la sua dote avea due azioni, l'azione *rei uxoriæ*, e l'altra *ex stipulatu* (4). Queste due azioni erano personali; e qui è bene notare a maggiore confutazione di coloro che negano al marito il dominio della dote inestimata, che le dette azioni competevano tanto nel caso di dote stimata quanto di dote inestimata, e che anche nel caso di dote inestimata era negata alla donna qualunque azione reale (5). L'azione personale *rei uxoriæ* spettante alla donna per ripetere la sua dote non era garantita con alcuna tacita ipoteca, ma era però un'azione privilegiata, che dava diritto alla donna di essere preferita a tutti i creditori chirografarj. La ragione di questo privilegio è con solenni parole indicata da Pomponio nella L. 1, D. *Soluto matrimonio:* « Dotium causa semper et ubique præcipua est: nam et

(1) Comment. Instit., lib. 2, tit. 8, pr.
(2) Lib. 6, tit. 1, n. 3.
(3) Ad L. 9, C. De rei vind.
(4) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29, n. 1.
(5) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 8, pr.

publice interest, dotes mulieribus conservari: cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. » Molte erano le differenze tra l'azione *rei uxoriæ* e l'altra *ex stipulatu*, sebbene amendue fossero personali, e questa seconda era sotto molti rapporti, che qui sarebbe fuor d'opera l'indicare, più utile alla donna che la prima *rei uxoriæ* (1). Il perchè Giustiniano colla L. un. pr., C. *De rei uxoriæ act.*, volendo favorire la causa delle doti, trasfuse l'azione *rei uxoriæ* con tutti i privilegi alla medesima inerenti nell'altra più pingue e più utile *ex stipulatu*, accordando alla moglie la sola azione privilegiata *ex stipulatu* per la restituzione della sua dote indipendentemente da qualunque stipulazione: « *Rei uxoriæ* itaque actione sublata, sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non: ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. » In forza di questa Legge Giustinianea l'azione *rei uxoriæ* rimase annullata ed assorbita dall'altra *ex stipulatu* (2). Ma sebbene questa azione *ex stipulatu* concessa da Giustiniano alla moglie fosse privilegiata, è però certo che il privilegio alla medesima inerente era un semplice privilegio personale, onde la moglie era preferita ai soli creditori chirografarj. E siccome questo privilegio era propriamente dato alla donna, quindi la L. un., C. *De privil. dot.*, lo nega agli eredi: « Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire. » La Novella però 91 estese lo stesso privilegio ai figli eredi della madre (3). Giustiniano non si contentò di questa sola azione *ex stipulatu*, e colla citata L. un. § 1, C. *De rei ux. act.*, accordò altresì alla moglie una tacita ipoteca sui beni del marito: « Et ut plenius dotibus subveniatur; quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis, tacitas hypothecas inesse accipimus; ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis. » Giustiniano, intento sempre a favorire la causa delle donne, accordò ancora colla L. 30, C. *De jure dot.*, l'azione di rivendicazione per ripetere le cose dotali esistenti nel patrimonio del marito, tanto se la dote

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29, n. 1 e 2.
(2) Voet, lib. 23, tit. 3, n. 3.
(3) Brunnem. ad L. un. C. De privil. dotis.

era inestimata quanto se era stimata, onde la donna o coll' azione reale di rivendicazione, o coll' azione reale ipotecaria fosse sempre sicura di ottenere la restituzione della dote: « per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur. » Questa azione di rivendicazione accordata anche nel caso di dote stimata fu una concessione veramente esorbitante e contraria ai principj del Diritto, perchè nella dote stimata ha luogo una vera vendita per parte della moglie ed una irrevocabile traslazione di dominio nel marito, il quale diviene semplice debitore del prezzo. Se Giustiniano colla citata L. 30, C. *De jure dot.*, per giustificare la concessa azione di rivendicazione poteva dire giustamente, parlando della dote inestimata, — *legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri;* — altrettanto non potea ripetere riguardo alle doti stimate, le quali passano nel pieno ed irrevocabile dominio del marito non già *legum subtilitate,* ma per un modo legittimo e naturale, quale si è appunto quello della vendita. Il Vinnio perciò non si rimane dal criticare Giustiniano per avere voluto accordare in tutti i casi alla moglie l' azione di rivendicazione tanto se la dote è inestimata, quanto se è stimata: « Mirum vero non est, Justinianum sic loqui (allude alle citate parole — *legum subtilitate* ec.), dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit Constitutioni suæ, qua contra rationem Juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis, concedit actionem in rem (1). » Dice però che l' azione di rivendicazione concessa da Giustiniano deve ritenersi un' azione *utile* accordata in sussidio in mancanza di beni del marito: « Quod tamen cum Bachovio de *utili* in rem accipio, et quæ soluto demum matrimonio uxori datur in subsidium, ubi maritus solvendo non est. » Ma di questi favori di cui fu largo alle mogli non si contentò Giustiniano, e colla celebre L. ult. § 1, C. *Qui pot. in pign.*, volle che la tacita ipoteca loro accordata fosse una ipoteca privilegiata, fosse cioè senza alcun riguardo al tempo preferita a tutte le altre ipoteche comecchè anteriori: « Sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. » Le ragioni che mossero Giustiniano ad accordare alle donne un sì esorbitante privilegio vengono da lui stesso

(1) Comment. Instit., lib. 2, tit. 8, pr.

indicate colle seguenti parole: « Quis enim earum non misereatur propter obsequia quæ maritis præstant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia? » Meritavano certamente molti favori le donne maritate, e giustamente furono da tutti i Giureconsulti antichi e moderni tributate alla sapienza dell'Imperator Giustiniano le dovute lodi per l'ipoteca legale accordata al credito della dote. Ma conceder loro un enorme privilegio lesivo dei diritti acquistati dai terzi sui beni del marito anteriormente alla data di detta ipoteca legale fu una manifesta violazione degli eterni principj della giustizia. I diritti dei terzi radicati sui beni del marito prima del giorno in cui cominciò ad aver vita la legale ipoteca della moglie doveano essere rispettati ed illesi. Il favore accordato dovea essere limitato all'ipoteca legale, che prima di Giustiniano non competeva alle donne, ma voleva giustizia che il grado della concessa ipoteca si misurasse colla regola del tempo, a cui sono soggette tutte le altre ipoteche o convenzionali o giudiziali o legali. Io credo perciò che l'illustre Giureconsulto Toscano Francesco Forti (1) a buon diritto chiami *iniqua* la disposizione della citata Legge di Giustiniano, come quella in forza della quale pel fatto del debitore che ammogliavasi venivano pregiudicati i diritti dei creditori anteriori, e distrutti i vincoli della pubblica fede. Le chiare parole della citata Legge Giustinianea escludono qualunque interpretazione limitativa (2). Dice però il Vinnio che molti Giureconsulti cercarono con un equo temperamento di moderarne e frenarne l'esorbitanza, accordando semplicemente alla moglie la preferenza sopra le ipoteche anteriori tacite derivanti dalla legge, ma non sopra le ipoteche anteriori espresse o convenzionali: « Sed quoniam hoc privilegium aperte *iniquum est,* utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera et cautione quæsivi, ceteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, ut mulier, et lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Et secundum hoc

(1) Trattati inediti di Giurisprudenza di Francesco Forti preceduti da un discorso dell'avvocato Leopoldo Galeotti, vol. unico, Firenze, presso G. P. Vieusseux editore, 1854, Trattato della dote, n. 163.

(2) Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29, n. 4.

temperamentum passim judicari solet (1). » Nulla osta, dicono i sostenitori di questa interpretazione restrittiva e limitativa del privilegio concesso alle donne da Giustiniano, che la legge accordi all' ipoteca tacita delle donne maritate la preferenza sopra qualunque altra ipoteca tacita anteriore, perchè tutte le ipoteche tacite sono una concessione fatta dal legislatore, il quale come crea l'ipoteca, così può anche accordare all' una un maggior favore che all' altra. Ma il legislatore, continuano essi, non può privilegiare l'ipoteca delle donne preferendola alle altre ipoteche anteriori convenzionali, perchè farebbe onta al diritto dei terzi legittimamente acquistato con una espressa convenzione, e porterebbe un colpo fatale alla buona fede dei contratti. Il ragionamento è bello ed inspirato da somma equità e giustizia; ma io credo col Vinnio che questa interpretazione benigna trovi uno scoglio insuperabile nelle chiare parole della Legge Giustinianea, la quale accorda alle donne maritate la preferenza sopra qualunque ipoteca anteriore senza eccezione e senza alcuna distinzione. Una tale interpretazione non spiega, ma modifica la legge contro la regola stabilita nella L. 1, C. *De Legibus*, onde il legislatore fissa i limiti che non possono oltrepassarsi dai Giureconsulti nella interpretazione delle leggi: « Inter æquitatem, jusque interpositam interpretationem Nobis solis et oportet et licet inspicere. »

Abbiamo detto più sopra che il privilegio inerente all' azione personale *ex stipulatu* accordata alla moglie per la restituzione della dote non era trasmissibile agli eredi. Può dimandarsi, se il privilegio reale accordato all' ipoteca legale della moglie sia trasmissibile agli eredi, o possa godersi da essa soltanto? Ma dalle chiare parole del seguente passo delle Instituzioni si deduce con tutta certezza che anche il privilegio accordato all' ipoteca legale della moglie di essere preferita a qualunque altra ipoteca anteriore è dato alla moglie soltanto e non è trasmissibile agli eredi, i quali devono contentarsi del grado di prelazione che loro può competere dalla data della ipoteca: « Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum *ipsa mulier* de dote sua experiatur, *cujus solius* providentia hoc induximus (2). » Sono però d' accordo gl' Interpreti nel dire, appoggiati alle ultime parole del § 1, della citata L. ult., C. *Qui pot. in pign.,* e alla No-

(1) Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29, n. 4.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 29.

vella 91, che il privilegio è negato agli eredi estranei, e che compete, come alla madre, ai figli eredi della medesima (1).

600. La L. 11, C. *De pactis conventis,* accorda alla moglie una tacita ipoteca legale sui beni del marito a garanzia dei crediti stradotali: « Ex præsenti nostra Lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exigit. » A questa ipoteca concessa alla moglie pei crediti stradotali si dovrà altresì attribuire il privilegio che la L. ult., C. *Qui pot. in pign.,* accorda all'ipoteca legale della moglie pel credito della dote? Il privilegio con questa L. ult., C. *Qui pot. in pign.,* è accordato da Giustiniano pel solo credito dotale, e il Brunnemanno (2) avverte non doversi confondere l'ipoteca legale col privilegio alla medesima attribuito, in quanto che l'ipoteca può stare senza il privilegio, il quale s'aggiunge all'ipoteca come una prerogativa che dà all'ipoteca stessa il carattere e la qualità di ipoteca privilegiata. Deve dunque tenersi che la moglie ha per i suoi crediti stradotali l'ipoteca legale, e che questa ipoteca è semplice e non privilegiata, a differenza di quella che le compete pel credito della dote, pel quale le fu da Giustiniano attribuita una ipoteca privilegiata (3).

Giustiniano, che colla citata L. ult., C. *Qui pot. in pign.,* accordò all'ipoteca legale della moglie il privilegio della preferenza a qualunque ipoteca anteriore, negò espressamente nel § 2 un tale privilegio alla donazione obnuziale: « Hæc autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. » La ragione addotta da Giustiniano per negare al credito della donazione obnuziale il privilegio concesso a quello della dote ha fatto nascere tra gl'Interpreti del Diritto Romano il dubbio, se la donna per la donazione obnuziale sia anche priva della semplice ipoteca legale. Ma questo dubbio deve risolversi in favore della donna. Imperocchè Giustiniano non nega seccamente alla donazione obnuziale il privilegio accordato alla dote, ma aggiunge che la donazione obnuziale deve avere *inter creditores sui temporis ordinem.* Ora quali

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29. Brunnem. ad L. ult. C. *Qui pot. in pign.* n. 20.

(2) Ad L. ult. C. *Qui pot. in pign.* n. 20 e 21.

(3) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 20.

sono i creditori, il cui grado si misura dalla data del tempo? Non certamente i creditori chirografarj, i quali sono pagati per contributo senza alcun riguardo alle rispettive date dei crediti. I creditori, che sono graduati secondo l'ordine del tempo, sono i soli creditori ipotecarj, perchè solo tra questi ha luogo la regola — *Qui prior in tempore est potior in jure.* — È dunque chiaro che Giustiniano, il quale mentre nega alla donazione nuziale il privilegio accordato alla dote vuole che la donazione stessa abbia *inter creditores sui temporis ordinem,* riserva alla medesima il vantaggio della semplice ipoteca legale (1).

601. I Compilatori del Codice Napoleone abolirono saggiamente l'odioso e iniquo privilegio accordato da Giustiniano alle mogli, prescrivendo nell'articolo 1572 che la moglie e i suoi eredi non godano di alcun privilegio per la ripetizione della dote sopra i creditori ipotecarj anteriori alla medesima. Ma coll'articolo 2121 conservarono e mantennero in vigore l'ipoteca legale semplice a difesa e garanzia dei diritti e dei crediti delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti. Era giusto che il favore, di cui sono meritevoli le donne maritate, non fosse spinto tant'oltre da divenire una ingiustizia contro i diritti dei terzi legittimamente acquistati; ma era d'altra parte un dovere del legislatore di proteggere e tutelare i diritti delle donne, i quali sono spesso l'unica tavola che salva le desolate famiglie dal naufragio che ingojò il patrimonio del marito. La donna è destinata dalla natura a legarsi con l'uomo, e ben disse lo Schiller:

a sè medesma
Non pertiene la donna: ella si stringe
Colla sorte d'un altro (2).

E se l'uomo, a cui la donna sè stessa affida ed anche i proprj beni, consuma e disperde il sacro deposito, quale scudo la difende, qual mano la ritrae dall'abisso che le si para dinanzi?

Pellitur paternos
In sinu ferens Deos
Et uxor et vir, sordidosque natos (3).

La santa istituzione della famiglia, antica quanto è l'uomo che

(1) Brunnem. ad Leg. ult. C. *Qui pot. in pign.* n. 21 e 22.
(2) Wallenstein, at. 1, Traduz. del Maffei.
(3) Horat., lib. 2, Ode 18.

Dio creò pensante e sociale, è il domestico patriarcato raccomandato all' amore e alla coscienza, non al capriccio ed alla forza. Ma se il capo della famiglia, o inetto o cattivo, abusa la sua autorità, chi della donna privilegiata da natura a dolcezza, ad indulgenza, e per debolezza di fibra, e per tenerezza di cuore povera di coraggio e di forze, chi si fa il difensore, chi il sostegno, se le manca il patrocinio della legge? Non solo dunque non può farsi alcun rimprovero ai Compilatori del Codice Napoleone per avere conservata la semplice ipoteca legale concessa dal Diritto Romano alle mogli, ma devono a parer mio lodarsi di una tale disposizione, che è quella appunto dell' articolo 2121, la quale tutela, senza far torto ed ingiuria ad alcuno, interessi e diritti grandemente rispettabili, che senza l' assistenza della legge sarebbero nel più dei casi esposti ad irreparabile ruina con danno non solo della moglie, ma dell' intera famiglia. L' articolo 213 non dichiara che il marito è in dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito? Il marito non può dunque dolersi, se la legge stessa che mette la protezione della moglie fra i doveri del matrimonio supplisce al difetto di convenzionali cautele con una legale ipoteca che della moglie assicuri i crediti ed i diritti.

602. L' articolo 2121 parla in genere dei crediti e diritti delle donne maritate, pei quali concede l' ipoteca legale sopra i beni dei loro mariti. Nasce quindi il dubbio, diversamente risolto dagli Interpreti, se le donne maritate abbiano l' ipoteca per tutti indistintamente i crediti che vantar possano contro il marito dipendenti da qualsiasi causa, o per alcuni crediti soltanto. Ma siccome non si può decidere questo punto senza prendere in serio esame la disposizione dell' articolo 2135, il quale contempla i crediti pei quali a vantaggio delle mogli esiste l' ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione, mi riserbo di trattare sotto quest' articolo 2135 della qualità ed estensione dei diritti, pei quali la moglie può vantare l' ipoteca legale sopra i beni del marito.

Esaminiamo ora piuttosto quali sono le donne, a cui l' articolo 2121 accorda l' ipoteca legale. Per Gius Romano antico il privilegio personale inerente all' azione per la restituzione della dote era attribuito non solo alla donna maritata che domandava la restituzione della dote, ma altresì alla sposa il cui matrimonio

non avea avuto effetto, come chiaramente risulta dalla L. 74, D. *De jure dotium :* « Si sponsa dotem dederit, nec nupserit; vel minor duodecim annis, ut uxor habeatur: exemplo dotis, condictioni, favoris ratione, privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit. » La L. 22, § 13, D. *Soluto matrim.,* accorda lo stesso privilegio alla donna, la quale in buona fede avea contratto un matrimonio nullo: « Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, cum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri. » L'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai crediti e diritti *delle donne maritate.* La celebrazione del matrimonio è dunque una condizione, senza la quale l'ipoteca non può aver luogo; e però io credo che quando la dote venne pagata prima del matrimonio, la sposa non potrebbe vantare alcuna ipoteca legale, se per qualsiasi causa anche indipendente da lei il matrimonio non avesse effetto. Invano la sposa, il cui matrimonio andò fallito, invocherebbe la disposizione della citata L. 74, D. *De jure dot.*, perchè essendo dall'articolo 2121 accordata l'ipoteca alle donne maritate, nessuna donna che non si trovi nella condizione voluta dal legislatore può arrogarsi un diritto alle sole donne maritate attribuito, e ciò tanto più che trattasi di un diritto esercibile in pregiudizio degli altri creditori. Dicasi lo stesso del caso, in cui il matrimonio contratto è dichiarato nullo, perchè anche in questo caso la donna non è e non si considera maritata, e non può quindi godere di un diritto alle sole donne maritate concesso. Siccome però l'articolo 201 stabilisce che il matrimonio, che è stato dichiarato nullo, produce ciò non ostante gli effetti civili, tanto riguardo ai conjugi, quanto relativamente ai figli, allora quando sia stato contratto in buona fede; e siccome uno degli effetti civili del matrimonio è appunto l'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda alle donne maritate; così è a tenersi che nel caso contemplato dal detto articolo 201 competerà alla donna la legale ipoteca, non ostante la dichiarata nullità del matrimonio (1). Che se la buona fede non vi sarà che per parte di uno dei conjugi, allora bisogna distinguere. O il conjuge in buona fede è la moglie, e allora questa avrà diritto all'ipoteca legale, nonostante la mala fede del marito. O il conjuge in buona fede è il marito, e allora alla moglie di mala fede punto non può competere l'ipo-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 291. Persil, art. 2121, n. 3.

teca legale. Questa distinzione è appoggiata all'articolo 202, il quale dispone che nel caso di matrimonio dichiarato nullo, se non vi è la buona fede che per parte di uno dei conjugi, il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore del medesimo conjuge e dei figli nati dal matrimonio. Siccome però quest'articolo 202, supposto che la buona fede vi sia per parte di uno solo dei conjugi, dispone che il matrimonio produce gli effetti civili in favore non solo del conjuge di buona fede, ma altresì dei figli nati dal matrimonio medesimo, potrebbe dubitarsi se, morta la moglie di mala fede, i figli di lei potrebbero giovarsi dell'ipoteca legale per ripetere la dote materna. Ma è facile rispondere a questo dubbio. I figli non possono godere dell'ipoteca legale *jure proprio*, ma soltanto nella loro qualità di eredi della madre, perchè l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale alle donne maritate. Ora la madre che contrasse il matrimonio nullo in mala fede non avea diritto all'ipoteca legale in forza della disposizione del detto articolo 202, e quindi morendo non potè trasmettere ai figli eredi un diritto che essa non avea, e ciò in forza del principio stabilito nella L. 59, D. *De div. reg. Juris:* « Heredem ejusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat (1). »

603. Si disputa fra gl'Interpreti del Diritto Francese, se l'ipoteca legale accordata dall'articolo 2121 alle donne maritate competa soltanto alla moglie di un cittadino, od anche alla moglie di un forestiero, il quale possegga beni immobili nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone. Quando si tratta della moglie di un cittadino, è fuori di dubbio che questa ha l'ipoteca legale quand'anche sia forestiera di origine, e il matrimonio sia stato celebrato fuori dello Stato. Imperocchè l'articolo 12 del Codice Napoleone dichiara che la straniera che si marita con un Italiano, segue la condizione del marito; e l'articolo 170 dispone che il matrimonio contratto in paese estero tra Italiani, e tra un individuo Italiano ed uno straniero, è valido purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese. Su questo punto tutti sono d'accordo gl'Interpreti (2). Ma le opinioni sono divise quando si tratta di decidere, se alla moglie di un forestiero competa l'ipoteca legale sui beni che il marito possiede nello Stato

(1) Duranton, n. 291.
(2) Persil, art. 2121, n. 4. Troplong, art. 2128, n. 513.

dove è in vigore il Codice Napoleone. Il Duranton, ammesso il principio che la ipoteca è una istituzione del Diritto Civile, sostiene che la moglie di un forestiero non può assolutamente godere sui beni, che il marito ha in Francia, l'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda alle donne maritate. Non fa, dice il Duranton, che la moglie dello straniero sia anch'essa straniera di origine, oppure una francese, perchè la donna francese maritandosi con uno straniero segue la condizione del marito e diviene essa pure straniera (1). Anche il Grenier (2) nega alla moglie di uno straniero che possiede beni immobili in Francia il diritto dell'ipoteca legale per la ragione che il Diritto Civile di una Nazione protegge unicamente i diritti dei cittadini della stessa Nazione. Il Troplong è di contrario avviso, ed accorda l'ipoteca legale anche alle mogli degli stranieri, i quali posseggono beni immobili in Francia, e ciò per due ragioni: primieramente, perchè il gius dell'ipoteca, sebbene regolato dal Gius Civile, è istituzione del Gius delle Genti, a cui hanno diritto di partecipare i cittadini di qualunque Nazione; in secondo luogo, perchè la Legge Ipotecaria è uno statuto reale che colpisce gl'immobili senza riguardo al possessore, o sia un cittadino o un forestiero (3).

Io m'attengo all'opinione del Troplong. È nota la distinzione che si fa dagl'Interpreti degli statuti in *reali, personali* e *misti*, di cui parla a lungo il Voet, il quale dopo avere stabilito il principio che gli statuti non hanno forza oltre i limiti del territorio del legislatore, fa la seguente avvertenza: « Modo illud meminerimus, aliquem vel subjectum dici ratione bonorum, dum bona quædam in illo habet territorio sita, licet alibi domicilium fixerit; vel ratione personæ, dum vel eo in loco domicilium fovet; vel ad tempus tantum illic subsistere aut transire peregrinantis instar constituit, unde talem non male subditum temporarium quidam dixerunt (4). » L'avvertenza che fa il Voet colle parole ora citate suggerisce, a parer mio, il modo più facile e più semplice per sciogliere la questione di cui ora ci occupiamo. Infatti lo straniero, che possiede beni immobili nello Stato dove ha forza di legge il Codice Napoleone, è per ragione degli stessi

(1) N. 292.
(2) Tom. 1, n. 247.
(3) Art. 2128, n. 513 ter.
(4) Lib. 1, tit. 4, par. 2, De Statutis, n. 5.

beni e per tutto ciò che ai medesimi si riferisce soggetto allo stesso Codice. Non è dunque in tutto ciò che riguarda i beni immobili posseduti uno straniero, ma è e deve essere considerato come un cittadino. E siccome le mogli dei cittadini sebbene forestiere di origine godono, come si è detto, l'ipoteca legale sui beni dei loro mariti, così anche le mogli dei forestieri avranno l'ipoteca legale sui beni posseduti dai loro mariti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone, per la ragione appunto che rispetto ai detti beni i loro mariti non sono e non possono considerarsi forestieri, ma si trovano nella stessa condizione in cui sono i veri cittadini soggetti per ragione della persona. Questo semplicissimo argomento distrugge, a parer mio, tutto l'edifizio, al quale il Duranton e il Grènier appoggiano la loro opinione, perchè fa scomparire, rispetto agl'immobili posseduti dal forestiero nello Stato dove ha forza di legge il Codice Napoleone, la qualità di forestiero nel marito possessore. Del resto se fosse giusta la opinione del Grenier e del Duranton, i quali negano la legale ipoteca alla moglie del forestiero appunto perchè è forestiera, essi per essere logici dovrebbero anche dire che sui beni posti in Francia non può essere costituita a favore di un forestiere alcuna ipoteca convenzionale neppure con atto autentico pubblicato in Francia; che una sentenza profferita da un Tribunale Francese in favore di un forestiere non può attribuire l'ipoteca giudiziale al vincitore sui beni posti in Francia; e che il forestiere che vende i proprj immobili posti in Francia, non potrà godere del privilegio che il Codice Napoleone accorda al venditore di beni immobili. A queste conclusioni condurrebbe la massima sostenuta dal Duranton e dal Grenier, perchè, ammesso un principio, bisogna accettarne tutte le sue conseguenze. Io tengo dunque col Troplong che l'ipoteca legale debba all'appoggio dell'articolo 2121 accordarsi altresì alle mogli dei forestieri sui beni posti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone, tanto più che il detto articolo 2121 mette fra i crediti a cui è attribuita l'ipoteca legale quelli delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti senza limiti e senza distinzione.

604. L'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai crediti e diritti delle donne maritate. Potranno della medesima ipoteca legale valersi anche gli eredi della donna? Anticamente il privilegio inerente all'azione personale competente alla donna per la

restituzione della dote essendo concesso in favore della persona non era trasmissibile agli eredi. Ma l'ipoteca legale accordata da Giustiniano a garanzia della dote era trasmissibile a qualunque erede estraneo (1), essendo l'ipoteca di sua natura un diritto reale costituito dalla volontà dell'uomo o della legge a sicurezza di un credito. L'ipoteca legale avea per Gius Romano gli stessi effetti che l'espressa, ed alla moglie fu appunto concessa da Giustiniano per supplire al difetto dell'ipoteca convenzionale, come confessa egli stesso nella L. un., C. § 1, *De rei ux. act.*, colle seguenti parole: « Ita enim et imperitia hominum, et rusticitas nihil eis poterit afferre præjudicium: cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut enim et stipulationes et hypothecæ inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur: sic et in posterum causa invenietur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. » Il Perez perciò parlando dell'ipoteca legale da Giustiniano concessa a garanzia della dote così si esprime: « Itaque beneficio hujus Constitutionis tam viro, quam uxori plenissime prospectum est, perinde ac si adhibitis Jurisperitis confectæ essent tabulæ nuptiales, quibus utiles stipulationes et expressæ hypothecæ contineantur (2). » È quindi certissimo che la ipoteca legale della moglie era per Gius Romano trasmissibile a qualunque erede estraneo non meno che qualunque ipoteca convenzionale, sebbene l'esorbitante privilegio annesso alla medesima, in grazia del quale l'ipoteca stessa era preferita a qualunque altra ipoteca anteriore, fosse esercibile dalla donna soltanto e dai suoi figli eredi (3).

Secondo il Codice Napoleone tutti i privilegi, o siano costituiti sui mobili o sugli immobili, sono trasmissibili agli eredi, perchè tutti sono dati alla causa, ossia alla qualità del credito. Perciò l'articolo 2112 dispone che tutti i cessionarj delle diverse specie dei crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato. A più forte ragione saranno trasmissibili agli eredi comecchè estranei le ipoteche legali, le quali non solo non contengono in sè alcun privilegio, ma hanno eguale va-

(1) Brunnem. ad lib. 7, tit. 74. C. *De privilegio dot.*

(2) In Cod., lib. 5, tit. 13, n. 11.

(3) Brunnem. ad L. ult. C. *Qui pot. in pign.* n. 20. Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 6, § 29, n. 5, sotto le parole: *Cum ipsa mulier.*

lore ed efficacia delle ipoteche convenzionali e giudiziali. Le ipoteche convenzionali, giudiziali e legali sono tutte specie del gius d'ipoteca, che è un diritto costituito sopra beni immobili vincolati *per la soddisfazione d' un' obbligazione*, e perciò l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai diritti e crediti delle donne maritate e dei minori. L'ipoteca legale è assolutamente attaccata ai crediti (1), ed è quindi di sua natura trasmissibile a qualunque erede. Potrà dunque anche quella delle donne maritate esercitarsi dai suoi eredi, qualunque essi siano, ed anche da qualunque legittimo cessionario (2).

605. Giustiniano riputando la dote degna di protezione e di favore non si contentò colla citata L. un., C. *De rei ux. act.* § 1, di accordare l'ipoteca legale alla moglie per la restituzione della dote, ma concesse la stessa ipoteca al marito sui beni della moglie o di chi si obbligò a pagare la dote a garanzia e sicurezza del promesso pagamento: « Et ut plenius dotibus subveniatur.... in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsâ dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis. » Giustiniano non volle solo favorire il credito dotale della moglie, ma volle che il credito della dote, o si chiedesse questa dal marito a cui fosse stata promessa, o dalla moglie cui ne fosse dovuta la restituzione, fosse assicurato e garantito colla ipoteca legale (3). A dir vero, il favore concesso da Giustiniano alla dote fu spinto tropp'oltre, perchè il bisogno di assicurarla con legali garanzie che suppliscano al difetto di convenzionali cautele non è uguale per la moglie e pel marito, potendo questi provvedere al proprio interesse con opportune stipulazioni a differenza della moglie messa dalla natura e dalla legge sotto l'influenza dell'autorità maritale. Con migliore consiglio i Compilatori del Codice Napoleone limitarono l'ipoteca legale ai crediti e diritti delle donne maritate sopra i beni de'loro mariti, derogando alla Costituzione Giustinianea nella parte che accordava l'ipoteca legale al marito pel pagamento e per l'evizione della dote. Qualunque siano dunque i di-

(1) Persil, art. 2121, n. 1.

(2) Persil, art. 2121, n. 22, e 23. Troplong, art. 2144, n. 643 bis. Grenier, tom. 1, n. 255.

(3) Perez in Cod. lib. 5, tit. 13, n. 11.

ritti che contro la moglie può avere il marito, questi non potrà mai vantare alcun gius di legale ipoteca (1).

606. Diremo ora brevemente delle persone, sui beni delle quali compete alle donne maritate l'ipoteca legale. La L. un., C. *De rei ux. act.*, accordava l'ipoteca legale a garanzia del credito della dote sui beni del debitore, o fosse la dote dovuta dalla moglie al marito, o da restituirsi dal marito alla moglie, o fosse direttamente dovuta dalla moglie o dal marito, oppure da altri in nome della moglie o del marito. Insegna perciò il Richeri che quando la dote fu pagata al suocero, e non al marito, rimangono i beni del suocero gravati dell'ipoteca legale: « Quod si dos socero soluta fuerit, sive absente, sive etiam præsente et consentiente filio, cum socer solus in hoc casu ad restituendam dotem teneatur, solius quoque soceri bona hypothecæ vinculo subjiciuntur (2). » Il Codice Napoleone non ha data all'ipoteca legale accordata ai crediti e diritti della moglie tanta estensione quanta ne dava la citata L. un., C. *De rei uxoriæ*, e l'ha ristretta ai beni del marito, dimodochè, sebbene la dote sia pagata al suocero, sui beni di questo non può mai la donna vantare alcun gius di legale ipoteca. La moglie però può esercitare la sua ipoteca anche sui beni che il marito possiede coll'obbligo della restituzione; ma rispetto ai detti beni l'esercizio dell'ipoteca legale della moglie è ristretto entro certi limiti fissati dall'articolo 1054, il quale dispone che le mogli dei gravati non potranno avere sui beni da restituirsi alcuna azione sussidiaria in caso d'insufficienza de'beni liberi che pel solo capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto in cui il testatore lo avesse espressamente ordinato (3). Può parimenti la moglie per la dote e per le convenzioni matrimoniali esercitare l'ipoteca legale sopra i beni donati al marito nel contratto matrimoniale sotto la condizione della *riversibilità;* e ciò in forza dell'articolo 952, il quale dispone che il diritto di *riversibilità* stipulato dal donante a beneficio di sè stesso produrrà l'effetto di sciogliere tutte le alienazioni de'beni donati, e di farli ritornare al donante, liberi ed esenti da ogni peso ed ipoteca, a riserva però dell'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del conjuge donatario non ba-

(1) Persil, art. 2121, n. 24.
(2) Tom. 5, § 201 e 231.
(3) Persil, art. 2121, n. 16 e 17.

stino, e nel caso soltanto in cui la donazione gli fosse stata fatta collo stesso contratto matrimoniale, da cui risultano tali diritti ed ipoteche (1).

607. Sebbene l'articolo 2121 accordi l'ipoteca legale ai crediti e diritti delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti, non vuolsi tacere che la regola generale stabilita col detto articolo riceve una modificazione dalla disposizione dell'articolo 443 del Codice di Commercio, il quale prescrive che nel corso dei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento niuno può acquistare privilegio o ipoteca sopra i beni del fallito. La disposizione di quest'articolo è generale, e non può non essere applicabile a qualunque ipoteca o convenzionale, o giudiziale, o legale. Se pertanto il fallito nei dieci giorni che precedono il fallimento prenderà moglie, questa non potrà pretendere alcun gius d'ipoteca legale sui beni di lui, e sarà nel numero dei creditori chirografarj (2).

608. Passiamo a dire della ipoteca legale attribuita ai crediti dei minori e degl'interdetti. Se la legge col provido rimedio della ipoteca legale tutela gl'interessi e i diritti delle donne maritate, a più forte ragione dovea prendersi cura e pensiero di quelli delle persone, che per difetto di età, di esperienza e di senno sono incapaci di vegliare da sè stessi alla difesa e conservazione del proprio patrimonio. Se vi ha classe di persone meritevole del favore e del patrocinio del legislatore, quella si è certamente dei pupilli, la cui condizione ci viene con patetiche parole descritta dal divino Omero:

Abbandonato
Da' suoi compagni è l'orfanello; ei porta
Ognor dimesso il volto, e lagrimosa
La smunta guancia. Supplice indigente
Va del padre agli amici, e all'uno il sajo,
Tocca all'altro la veste. Il più pietoso
Gli accosta alquanto il nappo, e il labro bagna,
Non il palato. Ed altro tal che lieto
Va di padre e di madre, alteramente
Dalla mensa il ributta, e lo percote,

(1) Persil, art. 2121, n. 18 e 19.
(2) Persil, art. 2121, n. 15.

E villano gli grida: sciagurato!
Esci: il tuo padre qui non siede al desco (1).

Non bastava che la legge affidasse la cura dei beni dei pupilli ad un tutore, se non li garantiva dalle conseguenze funeste di una cattiva amministrazione accordando loro un diritto di prelazione in concorso di altri creditori sui beni dello stesso tutore. Che importa che la legge dia al pupillo l'azione o giudizio di tutela per obbligare il tutore a render conto della tenuta amministrazione, e che in questo giudizio il tutore sia risponsabile di tutti i danni recati al pupillo per dolo o colpa lata e lieve, se il pupillo che non fu libero nella scelta del tutore, e per difetto di età non fu in grado di stipulare le opportune garanzie, dovesse sottostare alla regola del contributo in concorso degli altri creditori che non si diedero il pensiero di domandare un pegno od una ipoteca? Se è vero che ***nullum negotium inter tutorem et pupillum contrahitur***, come dice Giustiniano (2), il quale accorda appunto al pupillo il giudizio di tutela all'appoggio di un consenso presunto, perchè la legge, che presume il consenso del pupillo e suppone obbligato il tutore in forza di un quasi contratto, dovrebbe lasciare privo il pupillo di quelle garanzie che gli altri creditori del tutore poterono facilmente ottenere con una espressa convenzione? Perciò le Leggi Romane, che mai non mancarono a ciò che era giusto ed equo, accordarono al pupillo sui beni del tutore un privilegio personale, ossia un diritto di prelazione sopra qualunque creditore chirografario. Parla di questo privilegio la L. 25, D. *De tut. et rat. distr.*, dalla quale risulta che il privilegio era concesso non solo sui beni del tutore, ma altresì del protutore, ossia di colui che senza esser tutore, amministrò come tale i beni del pupillo: « Non solum tutelæ privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam ejus, qui pro tutela negotium gessit. » La ragione di questo privilegio viene data da Paolo nella L. 22, D. dello stesso titolo, colle seguenti parole: « neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. » Sebbene il detto privilegio fosse principalmente accordato al pupillo, ossia all'impubere non soggetto alla patria podestà, la L. 19, § 1, e le successive Leggi 20, 21 e 22, D. *De reb. auctor. Jud. pos.*, lo ac-

(1) Iliade, Trad. del Monti, lib. 22.
(2) Instit., lib. 3, tit. 28, § 2.

cordano per equità anche alle persone soggette al curatore per vizio di prodigalità o per difetto di mente: « Sed æquissimum erit, ceteros quoque, quibus curatores quasi debilibus, vel prodigis dantur, Vel surdo, muto, Vel fatuo, Idem privilegium competere. » Ma siccome il detto privilegio era principalmente dato alla persona e non alla causa, quindi la citata L. 19, § 1, D. *De reb. auct. Jud. pos.*, sebbene lo accordi contro gli eredi del tutore, ne limita l'esercizio al solo pupillo negandolo agli eredi di lui: « Nec interest ipse debeat, qui gessit, sive heres ejus, ceterique successores; ipse autem pupillus habet privilegium; sed ejus successores non habent. » Trovasi nella L. 42, D. *De administ. et per. tut.*, la ragione, per cui il detto privilegio non era concesso agli eredi del pupillo: « Quod nec heredi pupilli datur: non enim causæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem. » E appunto perchè il detto privilegio era concesso in favore della persona, Ulpiano nella L. 22, § 1, D. *De reb. auct. Jud. pos.*, lo nega assolutamente contro il curatore nominato ai beni: « Sed si bonis curator datus sit, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate: non oportebit privilegium dari; non enim in eadem causa est. » Per la stessa ragione il medesimo Ulpiano nella L. 24, pr. D. *De reb. auct. Jud. pos.*, lo nega contro il curatore dato al ventre: « Si ventri curator datus sit, nec partus *editus*, privilegium cessabit. »

Ma col detto privilegio non era abbastanza provveduto all'interesse dei pupilli e delle altre persone sopra mentovate, perchè i privilegi davano semplicemente un diritto di prelazione sopra i creditori chirografarj, ed erano sempre posposti a qualunque creditore ipotecario. In concorso pertanto dei creditori ipotecarj i pupilli e le altre persone cui era concesso il privilegio erano sempre sacrificati, avendo diritto la massa dei creditori ipotecarj di essere pagata preferibilmente alla massa dei creditori chirografarj tanto semplici quanto privilegiati. Meglio tutelò e protesse i diritti delle dette persone bisognose e meritevoli del patrocinio del legislatore la L. 20, C. *De administ. tut.*, accordando una legale ipoteca alle persone tutte cui pel Gius delle Pandette competeva un semplice privilegio personale: « Pro officio administrationis tutoris, vel curatoris bona, si debitores existant, tamquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime

prohibentur. » Questa ipoteca legale fu accordata sui beni di qualunque tutore, e perfino della madre tutrice (1), ed anzi la L. 6, C. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, l'estende ai beni del patrigno per l'amministrazione dei beni dei figli di primo letto tenuta dalla moglie prima di passare alle seconde nozze: « Si mater legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ, persolverit: mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. » L'ipoteca legale, di cui ora si parla, fu surrogata all'antico privilegio personale concesso pel Gius delle Pandette alle persone soggette a tutela e a cura, e competeva perciò non solo ai pupilli, ma altresì a tutte le persone, a cui per prodigalità o incapacità di mente era dato un curatore. E questa ipoteca legale era un diritto assai più forte dell'antico privilegio, al quale venne surrogato, non solo perchè attribuiva il gius *in re* esercibile anche contro il terzo possessore, e dava la prelazione tanto sopra la massa dei creditori chirografarj, quanto sopra tutti gli altri creditori ipotecarj posteriori di tempo; ma anche perchè come diritto reale era trasmissibile al pari di qualunque altra ipoteca negli eredi, a differenza del privilegio che essendo dato, come si disse, in favore della sola persona dei pupilli e delle altre persone soggette a curatore non poteva esercitarsi dagli eredi (2).

609. Attenendosi alle massime del Diritto Romano or ora brevemente accennate il Codice Napoleone accordò l'ipoteca legale ai diritti e crediti dei minori e degli interdetti sopra i beni dei loro tutori. E per dire dei minori, Ulpiano nella L. 4, D. *De his qui sui vel alieni jur.*, distingue i cittadini in due classi, cioè in padri di famiglia e in figli di famiglia. I padri di famiglia, cioè le persone non soggette alla patria podestà, sono, come dice Giustiniano (3), o sotto tutela, o sotto cura, o liberi affatto e indipendenti da qualunque vincolo: « Ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. » Alla tutela sono soggetti gl'impuberi detti propriamente *pupilli*, e alla cura i puberi minori de-

(1) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 11.

(2) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 13. Faber, in Cod., lib. 8, tit. 7, def. 2, in not. n. 5. Brunnem. ad L. 42, D. *De administ. tut.*

(3) Instit., lib. 1, tit. 13, pr.

gli anni 25, perchè questi ultimi *licet puberes sint,* come avverte Giustiniano (1), *adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.* Il Diritto Romano distingue i pupilli dai minori sottoponendo i primi a tutela, i secondi a cura. Il Codice Napoleone non fa questa distinzione, e nell'articolo 388 chiama *minore* la persona dell'uno o dell'altro sesso, la quale non è giunta ancora all'età d'anni ventuno compiti. Questi minori, che non sono giunti all'età d'anni ventuno compiti, o sono soggetti all'autorità del padre, o sono sottoposti a tutela. I figli minori durante il matrimonio dei loro genitori sono soggetti giusta gli articoli 372 e 373 all'autorità del padre. La tutela dei minori comincia, giusta l'articolo 390, dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte o naturale o civile di uno dei genitori. Siccome l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai diritti e crediti dei minori sopra i beni dei loro tutori, è chiaro che tutti i minori soggetti a tutela, ossia i figli minori orfani di amendue o di uno dei genitori, hanno l'ipoteca sopra i beni dei loro tutori. Ond'è che dopo la morte naturale o civile di uno dei genitori appartenendo giusta il citato articolo 390 la tutela dei figli minori *ipso jure* al genitore superstite, sui beni di questo genitore superstite rivestito dalla legge del carattere di tutore, o sia il padre o sia la madre, avranno i figli minori l'ipoteca legale attribuita in termini generali ed assoluti dall'articolo 2121 ai crediti dei minori sopra i beni dei loro tutori.

610. Qui nasce subito una importantissima questione. I figli minori durante il matrimonio dei proprj genitori sono giusta gli articoli 372 e 373 soggetti all'autorità del padre, il quale secondo l'articolo 389 è l'amministratore de' beni di proprietà dei medesimi. Ora i detti figli minori soggetti all'autorità paterna avranno sui beni del padre a garanzia dell'amministrazione dei proprj beni l'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda ai minori sopra i beni dei loro tutori? Non sono su questo punto concordi gl'Interpreti del Diritto Francese. Il Duranton osservando che l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai minori sui beni soltanto dei loro tutori, che durante il matrimonio il padre esercita sui figli minori la patria podestà e non la tutela, ed è l'amministratore de' beni di proprietà dei figli e non il loro tutore, e che la tutela comincia soltanto dopo lo scioglimento del matrimonio

(1) Instit., lib. 1, tit. 23, pr.

per la morte naturale o civile di uno de' conjugi, couclude che durante il matrimonio dei genitori i figli minori non hanno e aver non possono alcun gius d'ipoteca legale sui beni del padre loro legittimo amministratore (1). Anche il Troplong (2), appoggiato alla disposizione dell' articolo 389, secondo il quale il padre, durante il matrimonio, non è tutore, ma amministratore de' beni de' figli minori, nega agli stessi figli minori l'ipoteca legale sui beni del padre, e critica severamente un Decreto della Corte di Tolosa del 23 dicembre 1818 che accordò ai figli minori l'ipoteca legale. Il Troplong per dare maggior peso alla sua opinione ricorre all' autorità delle Leggi Romane, *avec lesquelles,* com' egli dice, *il est rare de n'avoir pas raison,* e precisamente alle seguenti parole dèlla L. 6, § 2, C. *De bonis quæ liberis:* « Non autem hypothecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui, sperare audeant. » Egli conclude col dire che la opinione da lui professata è confermata da tanti Decreti e Decisioni, che non può più revocarsi in dubbio, massime dopo una Decisione della Corte di Cassazione del 3 dicembre 1821.

Diversa è la opinione del Persil, il quale sostiene che per l' interesse dei minori la disposizione dell' articolo 2121 deve applicarsi altresì al caso, in cui il padre senza essere tutore è il legittimo amministratore dei beni dei figli minori, al caso cioè contemplato dal citato articolo 389. Egli confessa che durante il matrimonio il padre non è tutore dei figli minori, di cui amministra il patrimonio per diritto di patria podestà; ma sostiene che per l'interesse dei figli minori, per la conservazione cioè delle loro sostanze, deve applicarsi alla podestà patria tutto ciò che è proprio della tutela, non essendo quanto all'amministrazione dei beni dei figli minori diversi gli obblighi del padre amministratore da quelli di qualunque tutore (3). Il Grenier tratta anch' esso questa questione, e considerando che secondo l' articolo 389 il padre durante il matrimonio è semplice amministratore dei beni dei figli minori, e che la tutela comincia soltanto in forza dell'articolo 390 dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte naturale o civile di uno dei conjugi, dice che a rigore di Gius i figli minori non potrebbero durante il matrimo-

(1) N. 308.
(2) Art. 2121, n. 424.
(3) Art. 2121, n. 36.

nio dei loro genitori avere ipoteca sui beni del padre amministratore, essendo dall'articolo 2121 data l'ipoteca legale ai minori sopra i beni dei loro tutori (1). Ma un Decreto della Corte Reale di Tolosa del 23 dicembre 1818, che accordò ad un figlio minore l'ipoteca legale sui beni del padre amministratore assimilando per l'interesse dei figli minori l'amministrazione del padre alla tutela, fece tanta impressione sull'animo del Grenier, com' egli stesso confessa, che era quasi sul punto di adottarne la massima. Ecco le parole dello stesso Grenier: « Malgré la force de ces raisonnemens que je me suis faits à moi-même, je ne puis m'empêcher d'être infiniment touché des motifs d'un Arrêt de la Cour royale de Toulouse du 23 décembre 1818 rendu dans cette espèce. Cette Cour ne s'est pas dissimulé la différence d'entre la simple administration et la tutelle; mais elle a pensé, par des raison morales exposées dans l'Arrêt, qu'on devait assimiler un cas à l'autre, et que l'on devait présumer que, dans ces deux cas, le législateur avait entendu assurer les mêmes garanties aux intérêts d'un fils mineur. » Ma più del citato Decreto della Corte di Tolosa ebbe forza nell'animo del Grenier l'autorità di una Decisione della Corte di Cassazione del 23 dicembre 1821, che adottando la massima contraria a quella della Corte di Tolosa negò assolutamente l'ipoteca legale sopra i beni del padre amministratore, durante il matrimonio, dei beni dei figli minori. A questa Decisione della Corte di Cassazione piegò il capo il Grenier, il cui giudizio vacillava incerto dopo il Decreto della Corte di Tolosa, ed egli stesso, vinti i dubbj gravissimi che prima gli si erano affacciati all'animo, dichiara doversi avere per deciso irrevocabilmente un tal punto: « L'Arrêt de la Cour de Cassation étant rendu en suite d'une délibération en la Chambre du Conseil, après toutes les controverses qui s'étaient élevées sur la manière d'entendre la loi, et de plus après une discussion très forte que l'on voit dans le recueil, cet Arrêt, disons-nous, rendu dans de pareilles circonstances, doit fixer les idées et faire cesser toutes les incertitudes (2). »

Forse sarò tacciato di temerario se ardisco manifestare una opinione contraria a quella del Grenier, del Duranton, e del Troplong e alla Decisione succitata della Corte di Cassazione di Pa-

(1) Tom. 1, n. 277.
(2) Tom. 1, n. 279.

rigi. Non per questo mi starò in silenzio. Il Troplong all' appoggio della sua opinione cita, come si disse, l' autorità delle Leggi Romane, e godo senza fine che l' illustre Giureconsulto francese abbia solennemente dichiarato che colla scorta delle Leggi Romane *il est rare de n' avoir pas raison*. Ma la L. 6, § 2, C. *De bonis quæ lib.*, da lui citata può veramente servire di appoggio alla sua opinione ? Io ne dubito assai, sebbene a primo aspetto le parole di detta Legge sembrino favorirla. E vaglia il vero. Anticamente il peculio avventizio dei figli di famiglia apparteneva al padre in proprietà ed usufrutto. Costantino colla L. 1, C. *De bonis mat.*, modificò questo esorbitante diritto della patria podestà rispetto ai beni materni, accordando di questi la proprietà ai figli di famiglia e al padre il semplice usufrutto. Finalmente Giustiniano estese colla L. 6, C. *De bonis quæ liberis*, a qualunque peculio avventizio, da qualunque parte e causa provenissero i beni, ciò che Costantino avea stabilito rispetto ai beni materni (1). Ma mentre Giustiniano toglieva al padre il diritto di proprietà accordatogli dalle antiche Leggi sul peculio avventizio riservandogli il semplice usufrutto, volle che i figli per l' amministrazione dei detti beni lasciati in usufrutto al padre non potessero esercitare alcun gius d' ipoteca legale sui beni paterni. È necessario ch' io riporti l' intero § 2 della citata L. 6, C. *De bonis quæ liberis*, di cui il Troplong cita le prime parole: « Non autem hypothecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui sperare audeant, nec ratiocinia ei super administratione inferre: sed tantummodo alienatione, vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus, quæ per filiosfamilias secundum prædictum modum adquiruntur, et gubernatio rerum earum sit penitus impunita: et nullo modo audeat filiusfamilias, vel filia, vel deinceps persona vetare eum, in cujus potestate sunt, easdem res tenere, aut quomodo voluerit, gubernare: vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est: sed habeat pater, vel aliæ personæ, quæ superius enumeratæ sunt, plenissimam potestatem uti, frui, gubernareque res prædicto modo acquisitas. » Dall' intero § 2 ora riportato della L. 6, C. *De bonis quæ liberis*, risulta chiaramente che le prime parole citate dal Troplong, colle quali viene negata ai figli qualunque ipoteca legale sui beni paterni, si riferiscono ai beni avventizj la-

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 9, § 1, n. 3.

sciati dalla legge al padre in usufrutto. Questi beni sono amministrati dal padre non già come tutore dei figli, ma come usufruttuario dei medesimi per diritto di patria podestà, e la legge che tolse al padre la proprietà del peculio avventizio accordatogli dal Gius antico negò giustamente ai figli l'ipoteca legale sui beni paterni per garanzia dell'amministrazione dei beni componenti un tale peculio, essendo l'ipoteca legale accordata ai pupilli e minori sui beni dei tutori e curatori, e non al proprietario per garanzia dei beni da un terzo goduti in usufrutto. Se la legge non accorda ai proprietarj alcuna legale ipoteca sui beni dell'usufruttuario, il quale è tenuto perciò a dar cauzione per garanzia della restituzione a cui è tenuto, cessato l'usufrutto (1), molto meno dovea la legge assoggettare ad ipoteca legale i beni del padre usufruttuario del peculio avventizio dei figli costituiti sotto la patria potestà. Volle anzi Giustiniano colla L. ult. § 4, C. *De bonis quæ lib.,* dispensare il padre usufruttuario dall'obbligo della cauzione che deve prestare per regola generale qualunque usufruttuario: « paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus, et ab aliis omnibus, quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur. » Non può dunque il Troplong citare a sostegno della sua opinione le parole del § 2 della mentovata L. 6, C. *De bonis quæ lib.,* come quelle che si riferiscono al peculio avventizio, di cui il padre non è tutore, o semplice amministratore, ma vero usufruttuario. Ciò premesso, la questione, di cui ora discorro, mi pare si debba risolvere con una distinzione, la quale mi viene appunto suggerita dalle stesse Leggi Romane citate dal Troplong, *avec lesquelles il est rare de n'avoir pas raison.* Il padre durante il matrimonio ha in forza dell'articolo 384 l'usufrutto dei beni de' suoi figli, finchè essi sian giunti ai diciott'anni compiti; ma l'articolo 387 dichiara che un tale usufrutto non si estende ai beni che i figli potranno acquistare con un lavoro e un'industria separata, nè a quelli che loro saranno stati lasciati per donazione o per legato colla espressa condizione che il padre e la madre non ne abbiano a godere. Può dunque il padre durante il matrimonio avere sotto la sua amministrazione due specie di beni appartenenti ai figli minori, quelli cioè sui quali egli ha il legale usufrutto accordatogli dall'articolo 384, ed inoltre quelli di cui esso non ha alcun usufrutto in forza della disposi-

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 4, princ., n. 7 e 8.

zione dell'articolo 387. Perciò l'articolo 389, che dichiara il padre durante il matrimonio l'amministratore dei beni di proprietà de' suoi figli minori, stabilisce che egli è tenuto a rendere conto della proprietà e delle rendite di que' beni di cui non ha l'usufrutto, e della sola proprietà di quelli, il cui usufrutto gli è dalla legge attribuito. Ora rispetto ai beni, dei quali il padre ha il legale usufrutto, i figli non possono avere contro il padre maggiori diritti di quelli che il Codice Napoleone accorda al proprietario contro l'usufruttuario. Imperocchè, o sia l'usufrutto stabilito dalla legge, o dalla volontà dell'uomo, i rapporti tra proprietario ed usufruttuario non cambiano natura. E siccome il Codice Napoleone non accorda alcun diritto d'ipoteca legale al proprietario sui beni particolari dell'usufruttuario, così nessun diritto di legale ipoteca potrebbe accordarsi ai figli minori sui beni paterni per garanzia della restituzione dei beni dati dalla legge al padre in usufrutto durante il matrimonio. L'articolo 601 dispensa anzi il padre e la madre che hanno l'usufrutto legale dei beni de' loro figli dall'obbligo di prestare la cauzione imposta dallo stesso articolo a qualunque usufruttuario. Rispetto adunque ai beni dei figli minori amministrati e goduti dal padre in usufrutto durante il matrimonio, non può assolutamente accordarsi agli stessi figli minori, ai quali il padre è tenuto a render conto della sola proprietà, l'ipoteca legale accordata dall'articolo 2121 ai minori sopra i beni dei loro tutori; e ciò non già per le ragioni dette dal Duranton, dal Grenier, dal Troplong e dalla già citata Decisione della Corte di Cassazione, ma perchè il padre usufruttuario dei beni dei figli è persino dispensato dal detto articolo 601 dall'obbligo di prestare la cauzione a cui sono tenuti tutti gli usufruttuarj. Rispetto ai beni, sui quali compete al padre durante il matrimonio l'usufrutto legale, nego anch'io ai figli minori l'ipoteca legale sui beni paterni, non già per la ragione messa in campo dai lodati Giureconsulti francesi, per la ragione cioè che il padre durante il matrimonio non è tutore ma amministratore dei beni dei figli minori, ma per una ragione ch'io credo più giusta e più forte, cioè perchè il padre amministra i detti beni come usufruttuario, e come tale non può essere gravato più di quello che lo siano gli altri usufruttuarj, mentre egli è anzi per legge dispensato dall'obbligo della cauzione. Ma rispetto ai beni, sui quali il padre non ha il legale usufrutto, ed è perciò tenuto a render conto

della proprietà e della rendita, mi pare una vera sottigliezza la distinzione che si fa tra amministratore e tutore. Imperocchè anche il tutore è l'amministratore dei beni dei minori alla sua tutela affidati, e ne fanno fede il titolo delle Pandette *De administratione et periculo tutorum* e quello del Codice Giustinianeo *De administratione tutorum.* Infatti il Vinnio spiegando la definizione della tutela data da Giustiniano dice che le due parole *vis ac potestas* significano: « *facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive, tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione* (1). » Rispetto ai beni, dei quali il padre non ha l'usufrutto legale, l'amministrazione di lui non è che una tutela, la quale è tutta nell'interesse del minore, a differenza della patria podestà, la quale, come dice il Vinnio (2), riguarda anche l'interesse del padre: « Ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita et ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam a patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est. » Quando si tratta dei beni, sui quali il padre non ha il legale usufrutto, qual differenza vi ha, o sia il figlio minore durante il matrimonio dei genitori sotto la podestà del padre, o morta la madre sia sotto la tutela del padre, mentre nell'un caso e nell'altro il padre ha la sola amministrazione dei beni dei figli minori con obbligo di render conto della proprietà e delle rendite? Con questa mia opinione io non dò una interpretazione estensiva alla disposizione dell'articolo 2121, ma mi attengo rigorosamente al principio stabilito da Celso nella L. 17, D. *De legibus*, il quale suona: « Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. » Lo scopo dell'articolo 2121 è evidente. Vollero i Compilatori del Codice Napoleone assicurare con una ipoteca legale sui beni dei tutori i diritti e i crediti dei minori, il cui patrimonio è nell'interesse solo di essi minori amministrato dagli stessi tutori. Rispetto ai beni, dei quali il padre non ha il legale usufrutto, tacciono anche durante il matrimonio dei genitori i diritti di patria podestà del padre, dovendo egli amministrare per conto ed interesse esclusivo dei figli minori. Come la tutela riguarda la persona e i beni dei minori, così anche la patria podestà riguarda la persona e i beni dei figli minori. La patria podestà viene esercitata dal padre durante il matrimonio sui beni

(1) Comment. Instit., lib. 1, tit. 13, § 1.
(2) Loc. cit.

dei figli minori, sui quali la legge gli accorda il legale usufrutto, e per l'amministrazione di questi beni, come si disse, i figli minori non possono pretendere il gius d'ipoteca legale concesso dall'articolo 2121 ai minori sui beni dei loro tutori. Ma rispetto a quei beni, dei quali la legge nega al padre il legale usufrutto, l'amministrazione del padre non è diversa secondo il Codice Napoleone da quella del tutore. Che importa infatti che il figlio minore sia sotto la patria podestà od emancipato rispetto ai beni, sui quali la legge nega al padre il legale usufrutto, dovendo il padre stesso amministrare i detti beni come tutore per conto ed interesse dei figli minori? Dice il Brunnemanno che sebbene i figli non abbiano l'ipoteca legale sui beni del padre per l'amministrazione del peculio avventizio, l'hanno però quando il padre amministra i loro beni dopo l'emancipazione: « Quando vero pater non ut legitimus administrator jure patriæ potestatis administrat bona, sed ut tutor administrat bona filii emancipati, tunc ejus ut alterius tutoris bona sunt pupillo obligata; tunc etiam tenetur rationes reddere, ut tutor (1). » Per qual ragione il Brunnemanno accorda ai figli minori emancipati l'ipoteca legale, che la L. 20, *Pro officio* C. *De adm. tut.*, del Codice Giustinianeo accorda in generale ai pupilli e minori sui beni dei tutori e curatori? Perchè il padre non ha sui beni dei figli emancipati i diritti derivanti dal gius di patria podestà, che gli competono sui beni avventizj dei figli viventi sotto la sua podestà; perchè il padre amministra i beni dei figli emancipati *ut tutor;* e perchè rispetto ai detti beni il padre è tenuto a render conto dell'amministrazione come qualunque altro tutore. È forse diversa la condizione dei figli minori emancipati, a cui accenna il Brunnemanno, dai figli minori soggetti all'autorità paterna sotto il Codice Napoleone rispetto ai beni, sui quali nega la legge al padre il legale usufrutto? No; perchè il padre non gode dei detti beni per diritto di patria potestà, ma li amministra semplicemente come un tutore obbligato a renderne esattissimo conto. La patria podestà non gli dà rispetto ai detti beni alcun diritto e vantaggio, ma semplicemente gli addossa l'onere dell'amministrazione e della responsabilità a cui sono tenuti i tutori. Perchè dunque il padre non dovrà soggiacere per l'amministrazione dei detti beni, riguardo ai quali tacciono i diritti derivanti dalla patria podestà,

(1) Ad L. 6, C. § 4, *De bonis quæ liberis.*

all' ipoteca legale, alla quale l'articolo 2121 assoggetta i beni dei tutori? Io non posso questa volta inchinarmi alla Decisione della Corte di Cassazione che tanto potè sull' animo del Grenier da farlo pentire di essersi lasciato sedurre e quasi vincere del Decreto della Corte di Tolosa, e sono profondamente convinto che colla distinzione da me fatta si conciliano secondo il voto e lo spirito della legge tutti i diritti ed interessi, quelli cioè della patria podestà rispetto ai beni dei figli minori, sui quali ha il padre durante il matrimonio il legale usufrutto, e quelli dei figli minori rispetto ai beni, dei quali il padre non ha alcun usufrutto, ma la semplice amministrazione non diversa da quella dei tutori. Fra i motivi addotti dalla già citata Decisione della Corte di Cassazione vi è questo, che la legge non può non essersi contentata dell' azione personale contro il padre amministratore per la confidenza che meritamente inspira il suo carattere: « mais que le père n'étant pas tuteur, la loi n'a pas voulu que l'action personnelle qui dérive de cette comptabilité contre le père administrateur, et qui, sans doute, par sa confiance dans le caractère de père, lui a paru suffisante, entraînât l'hypothèque légale qui n'a lieu que sur les biens d'un tuteur. » Rispondo: o si nega ai figli minori l'ipoteca legale sopra i beni del padre amministratore in grazia del gius di patria podestà onde il padre stesso è rivestito durante il matrimonio, o in grazia della sola qualità di padre. Quanto al gius di patria podestà, questo tace, come si è già detto, rispetto ai beni, sui quali la legge nega al padre il legale usufrutto. Se poi la qualità di padre fosse un motivo sufficiente per negare ai figli minori l'ipoteca legale, allora ai figli minori si dovrebbe negare l' ipoteca legale contro il padre anche nel caso contemplato dall' articolo 390, ossia dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte della moglie, perchè anche dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte della moglie il padre conserva la qualità di padre. Eppure tutti i Dottori ammettono che dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte della moglie il padre divenuto tutore è soggetto come qualunque altro tutore all' ipoteca legale. Se dunque, come ammette lo stesso Troplong (1), la qualità di padre non è di ostacolo all' ipoteca legale spettante ai figli minori sui beni del padre dopo la morte della madre, non so, a dir vero, come la lodata Decisione possa fondarsi

(1) Art. 2121, n. 421 bis.

sul carattere di padre per sostenere che la legge ha potuto contentarsi della sola azione personale senza il sussidio della legale ipoteca. La citata Decisione della Corte di Cassazione dice ancora che gli acquirenti d'immobili appartenenti a tutori, che vogliono purgarli dall'ipoteca legale non inscritta spettante ai minori, devono, secondo l'articolo 2194, notificare il deposito eseguito alla Cancelleria della copia del contratto traslativo del dominio tanto al surrogato tutore, quanto al Regio Procuratore presso il Tribunal Civile; che nel caso contemplato dall'articolo 389, quando cioè il padre è durante il matrimonio l'amministratore de' beni di proprietà de' figli minori, manca il surrogato tutore, al quale dovrebbe farsi la notificazione voluta dal detto articolo 2194; e che per conseguenza si renderebbe impossibile la purgazione dell'ipoteca legale dei figli minori ove fosse accordata sui beni del padre amministratore. Non mi par seria una tale obbjezione. Se manca il surrogato tutore, è chiaro che la notificazione, di cui parla il citato articolo 2194, si dovrà fare al solo Regio Procuratore, e così si potrà benissimo senz'ombra di difficoltà ottenere la purgazione dell'ipoteca gravitante sui beni del padre amministratore. Anche un Parere del Consiglio di Stato del 1° giugno 1807, che contiene, come osserva il Grenier (1), la vera interpretazione degli articoli 2194 e 2195, supposto il caso che il surrogato tutore non sia conosciuto dall'acquirente, dichiara che la notificazione prescritta del detto articolo 2194 è regolare quando sia fatta solamente al Regio Procuratore. Io tengo adunque per le ragioni già esposte che i figli minori hanno l'ipoteca legale sui beni del padre amministratore de' loro beni durante il matrimonio all'appoggio dell'articolo 389, per l'amministrazione da esso tenuta, limitatamente però ai beni di loro proprietà, sui quali non compete al padre il legale usufrutto.

611. La L. 19, § 1, D. *De reb. auctor. Jud. pos.*, accorda il privilegio personale ai pupilli non solo contro il tutore, ma altresì contro il protutore, ossia contro colui che senza essere tutore amministrò come tutore i beni degli stessi pupilli. E siccome l'ipoteca legale fu, come si disse, surrogata all'antico privilegio, quindi pensano gl'Interpreti del Diritto Romano che anche contro i protutori compete l'ipoteca legale (2). L'articolo 417 del

(1) Tom. 1, n. 277.
(2) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 12.

Codice Napoleone usa la parola *protutore* in un senso diverso dal Gius Romano, dichiarando che quando il minore domiciliato nel Regno possedesse beni nelle colonie o viceversa, l'amministrazione speciale dei suoi beni verrà affidata ad un protutore; e che in tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati uno verso l'altro per la loro respettiva amministrazione. Questo protutore del Codice Napoleone non è un tutore di fatto, come era il protutore romano, ma è un tutore vero e legale, a cui è affidata una amministrazione speciale di una parte dei beni del minore indipendentemente da quella del tutore. È quindi troppo chiaro che anche sopra i beni del protutore deve competere al minore l'ipoteca legale (1).

Ma dandosi un protutore nel senso del Diritto Romano, una persona cioè che senza essere rivestita del carattere legale di tutore amministra come tale i beni di un minore, competerà contro questo protutore l'ipoteca legale? Il Troplong (2) pensa che anche contro questo finto tutore che agisce come se fosse tutor legale deve ai minori competere l'ipoteca legale; e ciò perchè sebbene gli manchi la qualità legale di tutore, ne esercita le funzioni, ne accetta la responsabilità, e si sottomette a tutte le obbligazioni proprie dei tutori. Io non sono di quest'avviso. L'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai minori sui beni dei tutori. Chi non è tutore, sebbene ne eserciti in fatto le funzioni, non può essere colpito dalla detta disposizione. Del resto questo caso può difficilmente verificarsi, perchè la legge ha con opportuni rimedj provveduto in modo che ai minori non manchi mai il tutor legale. Nè mi si potrebbe obbiettare che gl'Interpreti del Diritto Romano accordano l'ipoteca legale anche sopra i beni del protutore. Imperocchè gl'Interpreti del Diritto Romano (3) accordano l'ipoteca legale contro il protutore per la ragione che l'ipoteca legale fu surrogata al privilegio antico, il qual privilegio era concesso da una espressa disposizione di legge, e precisamente dalla L. 19, § 1, D. *De reb. auctor. Jud. pos.*, anche contro il protutore. Ma siccome nel Codice Napoleone la sola disposizione che attribuisce ai minori l'ipoteca legale è quella

(1) Troplong, art. 2121, n. 421. Duranton, n. 309. Persil, art. 2121, n. 33. Grenier, tom. 1, n. 275.

(2) Art. 2121, n. 421.

(3) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 12.

dell'articolo 2121, che contempla i tutori, ossia quelli cui è legalmente affidata la tutela, così non so con qual fondamento si possa estendere la detta disposizione contro persone che non hanno nè la qualità, nè la veste legale, nè il nome di tutori, e che ne esercitano senza alcun diritto le attribuzioni. All'opinione pertanto del Troplong quella preferisco del Grenier (1), il quale stabilisce la massima generale che la ipoteca legale accordata ai minori è attaccata soltanto ad una tutela giuridicamente deferita.

612. Più facilmente potrebbe verificarsi il caso che il tutor legale mancando al dòver suo lasciasse che un terzo amministrasse la tutela. O amministri da sè il tutor legale, o lasci amministrare da un terzo, esso solo è risponsabile in faccia al minore. Imperocchè anche quando il Consiglio di famiglia autorizza il tutore a farsi coadjuvare nella sua agenzia da uno o più amministratori particolari, questi amministrano, come resulta dall'articolo 454, sotto la responsabilità personale del tutore. A più forte ragione ciò deve aver luogo quando il tutore lascia che un terzo amministri invece sua senza essere stato autorizzato dal Consiglio di famiglia. Non può dunque il minore pretendere due ipoteche legali, l'una contro il tutore, l'altra contro il terzo che amministra per conto e sotto la responsabilità del tutore. La sola ipoteca che al minore compete è quella che la legge gli accorda sopra i beni del suo tutore (2).

Molto meno potrebbe pretendere il minore l'ipoteca legale sopra i beni di chi avesse amministrato i beni di lui non già con animo di esercitare le parti di tutore, ma per interesse proprio o di un terzo anzichè del minore. Imperocchè in questo caso mancherebbe persino il finto titolo di tutore per dare diritto al minore di esercitare una ipoteca che la legge gli accorda unicamente sui beni del suo tutore (3).

613. Stabilisce l'articolo 420 che in ogni tutela vi sarà un tutore surrogato, nominato dal Consiglio di famiglia, le cui funzioni consistono nell'agire per gl'interessi del minore, allorchè si trovano in opposizione con quelli del tutore. Questi tutori surrogati hanno attribuzioni non molto diverse da quelle che aveano anticamente i tutori *onorarj*, di cui parla la L. 14, § 1, D. *De so-*

(1) Tom. 1, n. 273.
(2) Persil, art. 2121, n. 35.
(3) Troplong, art. 2121, n. 421.

lutionibus: « Sunt quidam tutores, qui *honorarii* appellantur;... sunt, qui ad hoc dantur, ut gerant. » Questi tutori onorarj non aveano l'amministrazione, ed erano incaricati di osservare, come dice la L. 3, § 2, D. *De administ. et per. tut.*, l'andamento dell'amministrazione del tutore, onde non venisse recato danno al pupillo: « Ceteri igitur tutores non administrabunt; sed erunt hi, quos vulgo *honorarios* appellamus.... Dati sunt enim, quasi observatores actus ejus et custodes: imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbunt, suspectum eum non fecerunt. » Contro il tutore surrogato avranno i minori l'ipoteca legale? Allorchè venne la prima volta proposto l'articolo 2135, il Consiglio di Stato avea estesa l'ipoteca legale sopra i beni del surrogato tutore a garanzia di tutto ciò di cui è il medesimo responsabile in faccia al minore. Ma essendosi osservato che importa al pubblico interesse che siano le proprietà fondiarie il più che sia possibile libere da vincoli reali, e che l'ipoteca legale sopra i beni del tutore basta a garantire il minore, il progetto fu modificato e l'ipoteca legale ristretta ai soli beni del tutore (1). Sono perciò concordi i Dottori nell'insegnare che sopra i beni del tutore surrogato non compete al minore l'ipoteca legale (2), e che nei casi, in cui è compromessa la responsabilità del tutore surrogato, questi può solo essere molestato coll'azione personale, e coll'azione reale dipendente da una ipoteca giudiziale. Il Grenier sostiene anzi che anche in quei casi, in cui il surrogato tutore ha dovuto assumere provvisoriamente l'amministrazione di tutti o di una parte dei beni del minore, i beni dello stesso tutore surrogato non possono essere colpiti dalla ipoteca legale (3). Il Persil però, sebbene ammetta la regola generale che contro il surrogato turore non ha il minore l'ipoteca legale a garanzia dell'emenda dei danni ed interessi, di cui può essere risponsabile lo stesso surrogato tutore per avere fallito al dover suo, dice però che in quei pochi casi, in cui al surrogato tutore viene provvisoriamente affidata l'amministrazione di tutti o di una parte dei beni, non si può negare al minore l'ipoteca legale dal giorno in cui il surrogato tutore assunse la detta amministra-

(1) Troplong, art. 2121, n. 422. Persil, art. 2121, n. 26.
(2) Duranton, n. 313.
(3) Tom. 1, n. 274.

zione (1). A me pare da seguirsi la opinione del Persil. La legge ha accordata l'ipoteca legale ai minori per garanzia dell'amministrazione dei loro beni tenuta dal tutore; e se ha negato l'ipoteca contro il tutore surrogato, ciò è perchè il tutore surrogato non amministra, ma deve semplicemente osservare con occhio vigile e attento l'amministrazione del tutore. Non ha voluto la legge moltiplicare senza necessità e con danno della proprietà fondiaria le garanzie ipotecarie accordate ai minori; non ha voluto insomma che i minori abbiano contemporaneamente due ipoteche legali, l'una contro il tutore che amministra, l'altra contro il tutore surrogato non incaricato dell'amministrazione. Ma quando per qualche caso accidentale l'amministrazione di tutti o di parte dei beni è commessa legalmente al tutore surrogato, questi allora rispetto ai beni amministrati e pel tempo in cui dura l'amministrazione fa l'uffizio di vero tutore. È dunque giusto che abbia il minore nel detto caso speciale l'ipoteca legale sopra i beni del tutore surrogato, a garanzia dell'amministrazione a lui affidata. Nè si moltiplicano perciò le garanzie ipotecarie accordate dalla legge al minore; perchè dell'amministrazione affidata al surrogato tutore essendo questi solo e non altri risponsabile, ha appunto il minore l'ipoteca legale contro il solo tutore che amministra, e ciò secondo il voto e lo spirito della legge. Capisco che la legge non abbia voluto dare due garanzie ipotecarie al minore, l'una contro il tutore, l'altra contro il surrogato tutore, dovendo bastare l'ipoteca accordata contro il tutore che ha l'amministrazione dei beni. Ma quando il tutore ordinario non amministra, ed accidentalmente e provvisoriamente l'amministrazione viene legalmente affidata al tutore surrogato, allora pel periodo di tempo in cui dura questa amministrazione provvisoria, e rispetto ai beni ai quali si estende, il minore rimarrebbe senza garanzia ipotecaria, quando a lui si negasse l'ipoteca legale contro il surrogato tutore per l'amministrazione dal medesimo tenuta. Non si può presumere che la legge abbia voluto lasciare senza alcuna garanzia il minore in quei casi in cui l'amministrazione de' beni del medesimo viene provvisoriamente affidata al tutore surrogato, il quale pel tempo in cui dura la stessa amministrazione ha gli stessi obblighi e la responsabilità del tutore ordinario.

(1) Art. 2121, n. 27 e 28.

614. Quanto ai curatori dati ai minori emancipati, è chiaro che sopra i beni dei medesimi non può competere l'ipoteca legale; e perchè l'articolo 2121 accorda l'ipoteca sopra i beni dei tutori, e perchè i detti curatori non hanno l'amministrazione dei beni del minore, ma devono semplicemente invigilare onde il minore conservi e migliori il proprio patrimonio, ed assistere la persona dello stesso minore negli atti di maggiore importanza, che passano i limiti di una semplice ed ordinaria amministrazione lasciata dalla legge allo stesso minore emancipato (1).

615. L'articolo 361 dispone che chiunque in età oltre i cinquant'anni, privo di figli e di legittimi discendenti, vorrà con un titolo legale unire a sè una persona, durante la di lei minore età, potrà divenire di questa tutore officioso sotto diverse condizioni dalla legge determinate. Questa tutela officiosa ha per risultato giusta la disposizione dell'articolo 365, che se il pupillo ha qualche sostanza, e se egli era anteriormente sotto tutela, l'amministrazione de' suoi beni e la cura della persona passano al tutore officioso, il quale viene dall'articolo 370 obbligato al rendimento dei conti. Se dunque il tutore officioso è l'amministratore dei beni del suo pupillo ed obbligato al rendimento dei conti, anche i suoi beni saranno gravati dall'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda ai minori sopra i beni dei tutori (2).

616. La L. 6, C. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac.*, dispone che se la madre tutrice dei figli passa a seconde nozze prima di aver domandata la nomina di un altro tutore, dato il conto di sua amministrazione, e pagato il debito suo, i beni del secondo marito rimarranno tacitamente ipotecati a favore dei figliastri a garanzia di tutto ciò di cui può essere responsabile la moglie per la tenuta amministrazione comecchè anteriore al secondo matrimonio. Verificandosi pertanto questo caso, i figli di primo letto per l'amministrazione della madre tutrice, che passò a seconde nozze mancando ai suoi doveri, hanno due ipoteche legali, l'una contro i beni della madre, l'altra contro i beni del patrigno. Ma perchè la legge ha voluto punire il marito che prende in moglie la vedova tutrice dei figli, mentre è essa sola,

(1) Duranton, n. 314. Troplong, art. 2121, n. 423. Persil, art. 2121, n. 29.

(2) Troplong, art. 2121, n. 425. Persil, art. 2121, n. 37. Duranton, n. 310. Grenier, n. 281.

come dice la Novella 22, cap. 40, che sprezza e viola *et prius connubium et jusjurandum?* Dà il Brunnemanno la ragione di questa disposizione colle seguenti parole: « Ratio videtur esse; quia non videtur novus maritus omnis culpæ expers, qui viduam, liberis ex gestione tutelæ obligatam, in uxorem ducit, cum plerumque hoc tendat in præjudicium liberorum (1). » Tutti sanno che gli Antichi aveano in abominio le seconde nozze, giudicandole non solo una violazione del giuramento dato dalla moglie, e una offesa alla memoria del defunto marito, ma altresì pregiudicevoli e funeste agli interessi dei figli del primo letto; e mi piace ricordare a questo proposito il consiglio che il divino Omero fa dare da Pallade dea della sapienza al giovinetto Telemaco:

> Guarda, non del palagio a tuo dispetto
> Parte de' beni con la madre t'esca:
> Però che sai, qual cor s'abbia ogni donna.
> Ingrandir brama del secondo sposo
> La nuova casa; e de' suoi primi figli,
> E di colui, che vergine impalmolla,
> Non si rammenta più, più non ricerca,
> Quando ei nel bujo della tomba giace (2).

Il caso della madre tutrice che passa a seconde nozze è pur contemplato dal Codice Napoleone, il quale dispone nell'art. 395, che se la madre tutrice vuole rimaritarsi, dovrà, prima del matrimonio, convocare il Consiglio di famiglia, il quale deciderà, se la tutela debba esserle conservata. Se il Consiglio di famiglia legalmente convocato conserva la tutela alla madre, deve necessariamente giusta l'articolo 396 darle per contutore il secondo marito, il quale diviene solidariamente risponsabile unitamente alla moglie dell'amministrazione posteriore al matrimonio. Verificandosi il caso a cui accenna l'ora citato articolo 396, il secondo marito diviene necessariamente contutore. La responsabilità adunque che la legge gli addossa per l'amministrazione posteriore al matrimonio non è la responsabilità di un fidejussore, ma è quella di un contutore che amministra in solido colla moglie. Su i beni dunque del patrigno come su quelli della madre avranno i figli l'ipoteca legale, essendo il patrigno respon-

(1) Ad L. 6, C. *In quib. caus. pign.*
(2) Odis., Trad. del Pindem., lib. 15.

sabile nella qualità di contutore dell'amministrazione posteriore al matrimonio (1).

Ma se è chiaro che nel caso contemplato dal detto articolo 396 il marito nominato contutore è colpito dall'ipoteca legale sopra i suoi beni in favore dei figliastri, è chiaro d'altra parte che una tale ipoteca garantisce unicamente l'amministrazione posteriore al matrimonio, sì perchè solo posteriormente al matrimonio diviene contutore unitamente alla moglie, ed acquista perciò la qualità che trae seco il vincolo dell'ipoteca legale; sì perchè le chiarissime parole del detto articolo 396 lo dichiarano responsabile unitamente alla moglie, non dell'amministrazione in genere della tutela, ma *dell'amministrazione posteriore al matrimonio.* Le quali parole *dell'amministrazione posteriore al matrimonio* mostrano la differenza tra la disposizione del detto articolo 396 e la citata L. 6, C. *In quib. caus. pign.*, nella quale è dichiarato che i beni del secondo marito rimangono obbligati a favore dei figliastri anche per gli atti dell'amministrazione anteriore al matrimonio: « Mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. » Ma la responsabilità sotto il vincolo della tacita ipoteca per l'amministrazione anteriore al matrimonio era dalla detta L. 6, C. *In quib. caus. pign.*, addossata al marito compartecipe in qualche modo della colpa della moglie, la quale era passata alle seconde nozze *antequam eis* (cioè ai figli) *tutorem alium fecerit ordinari.* Al contrario secondo l'articolo 395 del Codice Napoleone la madre tutrice, che vuole rimaritarsi, adempie pienamente al dover suo, convocando prima del matrimonio il Consiglio di famiglia, affinchè decida se la tutela debba esserle conservata; e quando il Consiglio di famiglia legalmente convocato conserva la tutela alla madre e le dà per contutore il marito, questi viene aggiunto alla tutela, non già in pena di qualche colpa, ma a maggiore garanzia dei figli minori, onde il nuovo stato della madre possa loro piuttosto giovare che nuocere. L'ipoteca pertanto onde sono gravati i beni della madre, alla quale il Consiglio di famiglia conserva la tutela, non soffre alcuna alterazione e vicenda, e risale al giorno in cui fu accettata la tutela garantendo tutti gli atti dell'amministrazione sì anteriore come posteriore al secondo matrimonio. Laddove

(1) Duranton, n. 311. Persil, art. 2121, n. 32. Grenier, n. 280.

l'ipoteca legale, onde rimangono colpiti i beni del secondo marito nominato contutore, mentre è limitata all'amministrazione posteriore al matrimonio avrà necessariamente una data diversa da quella della moglie, dovendo misurarsi dal giorno in cui il secondo marito fu nominato contutore (1).

617. Che se la madre tutrice che si rimarita manca al dover suo e non convoca il Consiglio di famiglia, quali saranno le conseguenze? Queste sono determinate nella seconda parte dell'articolo 395, ove è stabilito, che in mancanza della convocazione del Consiglio di famiglia, la madre tutrice che si rimarita perderà *ipso jure* la tutela; ed il suo nuovo marito sarà solidariamente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela ch'essa avrà indebitamente conservata. A tre dubbj dà luogo questa disposizione: 1° La madre che conserva indebitamente dopo il secondo matrimonio l'amministrazione dei beni dei figli minori affidati alla sua tutela continua ad essere colpita anche per l'amministrazione posteriore al secondo matrimonio della legale ipoteca? 2° Il nuovo marito che l'articolo 395 dichiara solidariamente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela indebitamente conservata dalla moglie, avrà una tale risponsabilità sotto il vincolo della legale ipoteca sopra i suoi beni? 3° La risponsabilità del nuovo marito abbraccerà tutta l'amministrazione della moglie anteriore e posteriore al matrimonio, o sarà limitata all'amministrazione posteriore? Ecco i tre dubbj che ci faremo ad esaminare brevemente.

Quanto al primo, il Troplong (2) ed il Grenier (3) sostengono che contro la madre, che dopo il matrimonio continua ad essere tutrice di fatto, hanno i figli minori la stessa ipoteca legale di cui godevano prima che la madre tutrice passasse alle seconde nozze. Io all'opinione contraria del Duranton (4) con piena convinzione aderisco. L'articolo 2121 accorda ai minori l'ipoteca sopra i beni dei loro tutori; e l'articolo 395 dispone che quando la madre che si rimarita manca di convocare il Consiglio di famiglia, perde *ipso jure* la tutela. Come dunque potranno i figli minori avere l'ipoteca per gli atti d'amministrazione fatti dalla ma-

(1) Grenier, tom. 1, n. 280.
(2) Art. 2121, n. 246.
(3) Tom. 1, n. 280.
(4) N. 312.

dre dopo che essa perdè la qualità e il nome di tutrice? Dopo il matrimonio, l'amministrazione della madre è una gestione illegale non appoggiata ad alcun diritto o titolo legittimo, della quale la madre dovrà dar conto come qualunque gestore dei negozj altrui. E se dopo il matrimonio non vi è più tutela, se la madre ha cessato di essere tutrice, e da tutrice che era è diventata una illegittima amministratrice, non so come si possa contro di lei non avente il carattere e i diritti di tutrice accordare ai figli minori l'ipoteca legale che l'articolo 2121 ai minori accorda sopra i beni dei loro tutori. Sentì la forza di questa difficoltà il Grenier, il quale vi risponde col seguente ragionamento: « Il est bien dit dans l'article, que la mère *perde la tutelle de plein droit*, mais ce n'est que la privation du titre d'honneur de tutrice, et de la confiance qui y est attachée. Elle ne peut plus agir dans les tribunaux, en qualité de tutrice, mais il reste toujours sur la tête de la mère une tutelle, puisqu'il est dit dans le même article, que le nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée (1). » Come può dire il Grenier che la madre perde soltanto il titolo d'onore di tutrice e la confidenza di cui godeva prima del secondo matrimonio, mentre l'articolo 395 dichiara in termini assoluti, che in mancanza della convocazione del Consiglio di famiglia essa perde *ipso jure* la tutela? Certamente la madre non può più comparire in tribunale in qualità di tutrice, come confessa lo stesso Grenier. Ma perchè ciò? Forse perchè le manca semplicemente un titolo d'onore? No. Non può in qualità di tutrice presentarsi in tribunale, perchè non è più tale, perchè ha perduta la tutela, e non può perciò nè in tribunale nè fuori esercitare gli atti e le attribuzioni proprie dei tutori. Il nome di tutore non è un vano titolo d'onore, è un nome che rappresenta una qualità e un carattere legale, e la madre che trovasi nel caso contemplato dal detto articolo 395 è appunto indegna del nome di tutrice, perchè si è resa indegna di esercitare l'uffizio importantissimo della tutela. E quando il detto articolo dice che il nuovo marito sarà solidariamente risponsabile di tutte le conseguenze *della tutela ch' essa avrà indebitamente conservata*, la parola *tutela* accenna necessariamente alla semplice amministrazione, perchè la tutela fu perduta *ipso jure* dalla madre, la quale non potrebbe conservare ciò che ha irrevo-

(1) Tom. 1, n. 280.

cabilmente perduto. Ciò che ella dopo il matrimonio indebitamente conserva non è e non può essere la tutela, che le fu tolta per ministero di legge senza bisogno di autorità di Giudice, ma è l'amministrazione di fatto tenuta da lei indebitamente, ossia senza titolo, senza diritto, senza essere rivestita del carattere necessario e contro il voto della legge che la volle punire privandola della tutela. Tengo pertanto per fermo non potere i figli minori esercitare contro i beni della madre nel caso contemplato nella seconda parte del citato articolo 395 alcuna ipoteca legale per l'amministrazione di fatto da lei conservata posteriormente al secondo matrimonio che la privò *ipso jure* della tutela.

La soluzione del primo proposto dubbio ci apre facile strada a decidere il secondo, se cioè competa ai figli minori di primo letto, che erano sotto la tutela della loro madre, l'ipoteca legale contro il patrigno che il citato articolo 395 dichiara solidariamente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela che essa avrà indebitamente conservata. Anche su questo punto non sono d'accordo le opinioni degl'Interpreti Francesi. Il Troplong (1) appoggiandosi alla già citata L. 6, C. *In quib. caus. pign.*, e alla Novella 22, cap. 40, sostiene non potersi negare ai figliastri l'ipoteca legale sopra i beni del patrigno: « Puisque d'après l'art. 395 le nouveau mari est tenu solidairement de toutes les suites de la tutelle, il doit en être tenu hypothécairement, de même que sa femme. » Il Grenier, sebbene ammetta che questo punto presenta non piccola difficoltà, e non dissimuli le gravi obbiezioni che possono farsi a chi accorda l'ipoteca legale contro il secondo marito, non per questo si rimane dal mettersi dalla parte dei sostenitori dell'ipoteca legale (2). Il Duranton (3) tiene l'opinione contraria, e nega assolutamente ai figliastri l'ipoteca legale sui beni del patrigno. Anche su questo punto sono profondamente convinto che la opinione del Duranton sia da preferirsi. Perchè nel caso contemplato dall'articolo 396 devesi accordare, come si disse, l'ipoteca legale sui beni del patrigno? Perchè il secondo marito non è semplicemente risponsabile solidariamente dell'amministrazione della moglie, ma diviene necessariamente contutore, e come tale deve soggiacere all'ipoteca legale a cui l'articolo 2121 assoggetta

(1) Art. 2121, n. 426.
(2) Tom. 1, n. 280.
(3) N. 312.

i beni dei tutori. Ma nel caso contemplato dall'articolo 395 il secondo marito diviene forse contutore? No: diviene risponsabile solidariamente delle conseguenze dell'amministrazione della moglie, ma non diviene nè tutore nè contutore, e ciò è sì vero che persino la moglie sua perde la tutela. E se il secondo marito non diventa nè tutore nè contutore, io dimando al Troplong, qual è la disposizione di legge che può invocare per sottoporre ad ipoteca legale i beni del secondo marito? Non certamente la disposizione dell' articolo 395, che si limita a dichiarare il marito risponsabile delle conseguenze della tutela della moglie a differenza della L. 6, C. *In quib. caus. pign.*, citata dal Troplong, colla quale è espressamente vincolato a pegno il patrimonio del marito a garanzia del debito d'amministrazione della moglie: « Mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. » Non quella dell'articolo 2121, che accorda ai minori l' ipoteca sui beni dei loro tutori, e non può quindi essere in alcuna maniera applicabile al secondo marito che non diviene nè tutore nè contutore dei figliastri. Il Troplong si meraviglia che Delvincourt professi una opinione contraria; ed io mi meraviglio non poco di quella del Troplong, il quale altra volta ha spinto il rigore al punto da negare ai figli l'ipoteca contro il padre amministratore dei loro beni (1). Eppure tra il caso del padre e quello del secondo marito passa gran differenza. Imperocchè il padre durante il matrimonio è l'amministratore dei beni dei figli minori, e la sua amministrazione rispetto ai beni, di cui la legge nega a lui l'usufrutto, è, come si disse, una vera tutela; laddove il secondo marito, giusta la citata disposizione del detto articolo 395, non è nè amministratore nè tutore nè contutore dei figliastri, ma è semplicemente risponsabile delle conseguenze della amministrazione tenuta dalla moglie. Nel caso dell'articolo 396 i beni del secondo marito rimangono gravati dall'ipoteca legale, perchè il carattere di tutore attribuito espressamente dalla legge al secondo marito trae seco necessariamente il vincolo dell'ipoteca legale, a cui in forza dell' articolo 2121 vengono sottoposti i beni di qualunque tutore. Ma quando il secondo marito non diviene tutore, la disposizione del detto articolo 2121 gli è assolutamente estranea, e la solidale risponsabilità che gli addossa il detto articolo 395 è semplicemente personale, perchè l'ipoteca, giusta l'ar-

(1) Art. 2121, n. 424.

ticolo 2115, non ha luogo che nei casi determinati dalla legge.

Quanto finalmente all'ultimo dubbio, io tengo col Troplong (1), col Duranton (2), e col Grenier (3) che la responsabilità personale del marito abbracci l'intera amministrazione della moglie, tanto anteriore quanto posteriore al matrimonio. Di ciò mi convincono, oltre la chiara disposizione della già citata L. 6, C. *In quib. caus. pign.*, la quale teneva obbligato il marito anche per gli atti dell'amministrazione anteriore al matrimonio — *præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis*, — le generali espressioni dell'articolo 395, le quali rendono risponsabile il secondo marito di *tutte le conseguenze della tutela indebitamente conservata.* Il senso di per sè chiaro delle espressioni dell'articolo 395, che abbracciano l'intiera amministrazione dal principio della tutela sino al giorno ultimo della gestione indebitamente conservata dalla moglie dopo il matrimonio, riesce tanto più evidente, ove la disposizione dell'articolo 395 si confronti con quella dell'articolo 396, nella quale è detto che il marito creato contutore diviene solidariamente risponsabile *dell' amministrazione posteriore al matrimonio.* Quando la legge avesse voluto anche nel primo caso restringere la risponsabilità del marito alla sola amministrazione posteriore al matrimonio, non avrebbe dichiarato in termini generali ed assoluti essere il marito risponsabile *di tutte le conseguenze della tutela indebitamente conservata,* ma avrebbe aggiunta la stessa limitazione — *posteriore al matrimonio* — che leggesi nell'articolo 396. Del resto perchè nell'articolo 396 ha la legge aggiunta la detta limitazione omessa nell'antecedente articolo 395? Chiara è la ragione. Nel caso a cui accenna l'articolo 396 la madre tutrice, che ha adempito al dover suo convocando il Consiglio di famiglia, non incorre in alcuna pena e conserva la tutela, ed il secondo marito le è dato a contutore. Era dunque giusto che la risponsabilità di lui fosse ristretta all'amministrazione posteriore al matrimonio, cominciando da tale epoca la tutela a lui conferita. Al contrario, nel caso a cui si riferisce l'antecedente articolo 395, la madre tutrice che si rimarita senza convocare il Consiglio di famiglia, viene in pena privata della tutela, ed il marito qual complice della colpa della moglie viene esso pure

(1) Art. 2121, n. 426.
(2) N. 312.
(3) Tom. 1, n. 280.

punito colla risponsabilità addossatagli non come a contutore, ma come a solidale mallevadore per tutte le conseguenze della amministrazione indebitamente conservata dalla moglie.

618. I maggiori di età furiosi o dementi vengono per Diritto Romano, come risulta dalla L. 1, C. *De curat. furiosi*, sottoposti al curatore: « Curatores impleta legitima ætate prodigis vel furiosis solent tribui. » Al furioso soggetto al curatore dà la L. 15, § 1, D. *De curat. fur.*, per garanzia dell'amministrazione tenuta dallo stesso curatore un privilegio personale in concorso dei soli creditori chirografarj: « In bonis curatoris privilegium furiosi, furiosæve servatur. » Il qual privilegio, come già si disse più sopra, fu poscia convertito in ipoteca reale (1). L'articolo 489 del codice Napoleone stabilisce che il maggiore, il quale ritrovasi in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore, deve essere interdetto, e l'articolo 505 prescrive che non essendosi proposta appellazione dalla sentenza d'interdizione pronunciata in prima istanza, o quando venga confermata in appello, si passerà a deputare all'interdetto un tutore ed un surrogato tutore, secondo le regole prescritte al titolo *Della minore età, della tutela e della emancipazione*. L'articolo 509 inoltre dichiara che l'interdetto è parificato al minore per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi beni, e che le leggi sopra la tutela dei minori saranno applicabili alla tutela degl'interdetti. Gl'interdetti adunque, ai quali ugualmente che ai minori l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale sopra i beni dei loro tutori, sono le persone contemplate nel citato articolo 489, ossia i maggiori i quali ritrovansi in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore.

619. I prodighi sono dalle Leggi Romane assimilati ai furiosi, e Ulpiano nella L. 1, pr. D. *De curat. fur.*, insegna come siano al pari dei furiosi assoggettati al curatore: « Sed solent hodie Prætores, vel Præsides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. » Secondo il Codice Napoleone ai prodighi viene deputato un semplice consulente, come risulta dall'articolo 513, il quale dispone che può essere proibito ai prodighi di stare in giudizio, di transigere, di prendere danari a prestito, di riscuotere capitali e di rilasciarne la liberazione, di alienare e di aggravare i loro beni d'ipoteca

(1) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 12.

senza l'assistenza di un consulente che loro è deputato dal Tribunale. I Compilatori del Codice Napoleone non vollero assimilare il prodigo al furioso, e si contentarono di dargli un semplice consulente, anzichè un tutore; ed io credo che con un tale provvedimento abbiano fatta una giusta applicazione del rescritto che leggesi nella L. 12, § 2, D. *De tut. et curat. dat.,* il quale dice semplicemente che i prodighi hanno bisogno di chi li assista e li regga col consiglio: « Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem: eligendus itaque erit, qui eos consilio regat. Nam æquum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. » Sebbene il Gius Romano tenga i prodighi in conto di furiosi, e li assoggetti perciò ad un curatore che ne amministri le sostanze, è certo che le parole del lodato rescritto non indurrebbero la necessità di un curatore, ma di un semplice consulente, *qui eos consilio regat.* E la nomina di un consulente parve appunto ai Compilatori del Codice Napoleone provvedimento bastevole a tenere in freno i prodighi e ad impedire la ruina del loro patrimonio. Ora, siccome il consulente deputato ai prodighi ha nome ed uffizio diverso da quello dei tutori, nè ha l'amministrazione dei loro beni; e siccome l'articolo 2121 accorda ai soli minori ed interdetti, alle persone cioè cui viene nominato un tutore per l'amministrazione del loro patrimonio, l'ipoteca legale sui beni dei tutori, così i prodighi non potranno pretendere ed esercitare alcun gius d'ipoteca legale sui beni dei loro consulenti, qualunque sia di questi la personale responsabilità (1).

620. Il Diritto Romano mentre accordava il privilegio ai prodighi, ai minori, ai furiosi contro i rispettivi curatori, la L. 22, § 1, D. *De reb. auctor. Jud. pos.,* altra volta citata, lo negava espressamente contro i curatori destinati esclusivamente ai beni. Per la stessa ragione contro i curatori destinati ai beni non competeva l'ipoteca legale, la quale, come già si disse, fu surrogata all'antico privilegio (2). Così pure, siccome l'articolo 2121 accorda semplicemente l'ipoteca legale ai minori ed agl'interdetti sopra i beni dei loro tutori, non si potrà in alcuna ma-

(1) Duranton, n. 314. Persil, art. 2121, n. 31.
(2) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 14.

niera attribuire un tale diritto d'ipoteca legale nè contro il curatore deputato dal Tribunale in conformità dell'articolo 112 all'amministrazione dei beni di un assente, nè contro il curatore di una eredità giacente, nè contro qualunque altro curatore dato ai beni (1).

621. Dispongono gli articoli 1055 e 1056 che colui, che farà le disposizioni autorizzate dagli articoli 1048 e 1049, potrà collo stesso atto o con un posteriore nominare un tutore incaricato dell'esecuzione di tali disposizioni; e che in mancanza di questo tutore ne sarà nominato uno ad istanza del gravato. Competerà contro questo tutore l'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda sopra i beni dei tutori? Il Voet per una ragione, che a parer mio non ammette risposta, nega assolutamente ai pupilli l'ipoteca legale contro gli esecutori della volontà di un disponente: « Plane pupillis reliquisque jam enumeratis jus hypothecæ ex lege non recte asserueris in bonis magistratuum, nec in patrimonio executoris supremæ voluntatis, qua personæ tales institutæ vel legato honoratæ sunt; eo quod talis executor non propter pupillos, aut generaliter propter testamento honoratos, sed magis propter ipsum testatorem videtur constitutus, ut ejus voluntas effectum sortiatur (2). » Per la stessa ragione io tengo che i tutori nominati all'appoggio dei citati articoli 1055 e 1056 non siano colpiti dall'ipoteca legale onde sono gravati i beni dei tutori ordinarj. Infatti l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai minori ed interdetti sopra i beni dei loro tutori. I tutori al contrario, a cui accennano i citati articoli 1055 e 1056, non sono dati al minore, ma sono unicamente nominati per l'esecuzione delle disposizioni permesse dai citati articoli 1048 e 1049. A ciò si aggiunge che l'articolo 1073 dice chiaramente che il tutore nominato per l'esecuzione delle disposizioni permesse coi citati articoli 1048 e 1049 *sarà personalmente risponsabile*, se non si è pienamente uniformato alle regole determinate dalla legge per comprovare lo stato dei beni, per la vendita del mobiliare, per l'impiego del denaro, e generalmente se non ha praticato tutte le diligenze necessarie all'oggetto che bene e fedelmente sia adempito l'obbligo della restituzione. Non si può dunque aggiungere alla risponsabilità personale del tutore, di cui si parla, il

(1) Persil, art. 2121, n. 29.
(2) Lib. 20, tit. 2, n. 14.

vincolo dell' ipoteca legale che l' articolo 2121 accorda ai minori ed interdetti sopra i beni dei loro tutori (1).

622. La L. 24, pr. D. *De reb. auctor. Jud. pos.*, nega il privilegio contro il curatore del ventre, come quello che non è dato alla persona; e per la stessa ragione contro il curatore dato al ventre non compete l'ipoteca legale che venne accordata ai pupilli sui beni del tutore in sostituzione dell' antico privilegio. Il Codice Napoleone nell'articolo 393 stabilisce che se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà nominato un curatore al ventre dal Consiglio di famiglia. Essendo pertanto l'ipoteca legale dall'articolo 2121 accordata ai minori sopra i beni dei loro tutori, non potrà estendersi al curatore del ventre, il quale, oltrechè non ha il carattere di tutore, ma di semplice curatore, è dato al ventre e non ad alcuna persona. L'ipoteca legale comincierà colla nascita del figlio a carico della madre, che secondo il detto articolo 393 ne diviene tutrice; comincierà cioè quando avrà principio la tutela, ma non graverà mai i beni del curatore del ventre; non prima della nascita del figlio, per la ragione già detta; non dopo la nascita, perchè la tutela del figlio nato viene affidata alla madre, e il curatore del ventre diviene *ipso jure* il surrogato tutore.

Quando è provocata l'interdizione di una persona che ritrovasi in uno stato abituale d' imbecillità, di demenza o di furore, dopo il primo interrogatorio fatto al convenuto, il Tribunale, giusta la disposizione dell'articolo 497, deputar deve, se vi è luogo, un amministratore provvisionale, affinchè prenda cura della persona e dei beni del convenuto. E quest'amministratore provvisionale, come dispone l'articolo 505, cessa dalle sue funzioni allora quando si deputi all'interdetto un tutore ed un surrogato tutore dopo la sentenza d' interdizione passata in cosa giudicata. Può chiedersi, se l' interdetto avrà l' ipoteca legale sopra i beni di questo amministratore provvisionale? Mi par facile la risposta. Siccome l'amministratore provvisionale viene nominato dopo il primo interrogatorio prima della sentenza d' interdizione; siccome prima della sentenza, con cui si ordina l'interdizione, la persona contro cui fu provocata non è ancora nel numero degl' interdetti, e può anzi darsi il caso che il Tribunale o rigetti la domanda d'interdizione, o faccia semplicemente la nomina di

(1) Duranton, n. 315. Grenier, tom. 1, n. 276.

un consulente; e siccome l'articolo 2121 accorda l'ipoteca legale ai soli minori e agl'interdetti; perciò io tengo che contro l'amministratore provvisionale, sebbene obbligato a render conto, non possa invocarsi il favore dell'ipoteca legale. L'amministratore provvisionale, di cui fa parola il detto articolo 497, si può paragonare al curatore del ventre, contro il quale non compete l'ipoteca, e questa potrà solo aver luogo dopo la sentenza d'interdizione contro il tutore che verrà nominato all'interdetto.

623. Alcune volte viene nominato ai minori e agl' interdetti un tutore speciale o *ad hoc* per cause particolari. L'articolo 318 p. e. stabilisce che qualunque atto stragiudiziale contenente il rifiuto per parte del marito o dei suoi eredi di riconoscere il figlio sarà ritenuto come non fatto, se non è susseguito nel termine di un mese da un'azione in giudizio diretta contro un tutore speciale dato al figlio ed in concorso di sua madre. Così pure l'articolo 838 dispone che quando vi sono più minori, i quali abbiano interessi opposti nella divisione delle sostanze comuni, si deve dare a ciascuno di loro un tutore speciale e particolare. Contro questi tutori speciali competerà ai minori e agl' interdetti l'ipoteca legale che l'articolo 2121 accorda in termini generali ai minori ed agl'interdetti sui beni dei loro tutori? Non ostante le generali espressioni dell'articolo 2121, che attribuisce senza distinzioni l'ipoteca legale ai minori ed interdetti sui beni dei loro tutori, non ostante che i detti tutori speciali siano dati propriamente alla persona dei minori o interdetti, io credo col Duranton (1) che contro questi tutori speciali o *ad hoc* non competa ai minori e agl'interdetti la legale ipoteca. L'articolo 2135 n° 1° serve a spiegare quale estensione debba darsi all'articolo 2121. Quest'articolo 2135 n° 1° dichiara che esiste l'ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione in vantaggio de'minori e degl'interdetti sugl'immobili spettanti al loro tutore *per la risponsabilità della di lui amministrazione.* I tutori dunque, sui beni dei quali gravita l'ipoteca legale, sono quelli che hanno l'amministrazione del patrimonio del minore o dell'interdetto. Anche la L. 20, C. *De adminis. tut.*, assoggetta a tacita ipoteca i beni del tutore e curatore *pro officio administrationis.* Qualunque sia dunque la risponsabilità dei tutori speciali o *ad hoc* nell'adempimento del-

(1) N. 315.

l'affare pel quale sono deputati, l'azione che contro i medesimi potrà competere ai minori ed interdetti non può essere che un'azione personale.

624. Gl'Interpreti del Diritto Francese fanno la questione, se un atto di tutela fatto in paese estero dia ipoteca sui beni posti in Francia a favore di un minore o interdetto francese. Mi pare assai semplice la soluzione di questo dubbio. L'ipoteca convenzionale nasce dalla convenzione delle parti e dalla forma estrinseca dell'atto, dal quale risulta. L'ipoteca giudiziale sorge dalle sentenze. L'ipoteca legale al contrario deriva direttamente dalla legge. L'atto di tutela pertanto non crea l'ipoteca legale, ma serve semplicemente ad attribuire alla persona, cui la tutela viene affidata, la qualità di tutore, qualità che trae seco *ipso jure* per volontà della legge il vincolo dei beni. Perciò non importa all'efficacia dell'ipoteca legale il luogo ove fu fatto l'atto di tutela. Imperocchè o la legge riconosce uno in tutore di un minore o di un interdetto, e allora, qualunque sia il luogo ove fu fatto l'atto della tutela, i beni del tutore non ponno non rimanere colpiti dall'ipoteca legale, come quella, cui la legge accorda a qualunque minore o interdetto sopra i beni del tutore. O la legge non riconosce uno in tutore, e allora non si può più quistionare d'ipoteca, perchè l'ipoteca è dalla legge attribuita sui beni del tutore. Perciò su questo punto non può, a parer mio, farsi il dubbio, se l'atto di tutela fatto in paese estero dia ipoteca al minore o interdetto francese sui beni posti in Francia, ma piuttosto, se un simile atto possa avere forza ed efficacia in Francia. E questo dubbio si deve sciogliere collo stesso principio, onde il Vinnio si vale per decidere che un testamento fatto colle solennità prescritte nel luogo ove viene celebrato deve aver forza ovunque. Il principio stabilito dal Vinnio è il seguente. « Cum actuum solemnia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, consequens est, ut actus secundum jus et consuetudinem loci recte et legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat (1). » Colla scorta di questa massima non può non tenersi per valido in Francia l'atto che conferisce la tutela fatto in paese estero colle solennità volute dalla legge del luogo ove l'atto stesso fu compiuto. E posta la validità dell'atto di nomina del tutore, posto cioè che la Legge Francese riconosce per buono

(1) Selectar. Jur. Quæst., lib. 2, cap. 19.

l'atto onde il tutore fu legalmente rivestito di una tale qualità in paese estero, l'ipoteca legale non può in alcuna maniera negarsi al minore o interdetto francese contro il tutore sui beni posti in Francia, essendo da una tale ipoteca vincolati per la legge del Codice Francese *ipso jure* i beni dei tutori. La legge, come dice giustamente il Grenier (1), applica le ipoteche legali a fatti determinati, e così quando si tratta di tutela, l'applica al nudo fatto della conferita e accettata tutela. E siccome questo fatto, come si è detto, è dalla Legge Francese ammesso e riconosciuto anche quando l'atto onde la tutela fu conferita fu fatto in paese estero colle solennità del luogo ove fu celebrato, così a quest'atto di tutela sebbene fatto in paese estero non può la Legge Francese non applicare l'ipoteca legale in favore del minore o interdetto francese sui beni del tutore posti in Francia, sia che il tutore sia cittadino o forestiero.

Ma il dubbio è maggiore, e più discordi sono le opinioni degl'Interpreti Francesi, se il minore o interdetto sarà esso pure forestiero. Il Grenier nega assolutamente (2) ai minori ed interdetti non aventi i diritti di cittadinanza francese il gius d'ipoteca legale sui beni del tutore posti in Francia, sebbene il tutore sia Francese, per la ragione che tutte le ipoteche hanno il loro fondamento nel Diritto Civile, il quale non può giovare che ai soli cittadini. All'opinione del Grenier è pur conforme quella del Duranton (3). Il Troplong si meraviglia che su questo punto il Grenier non voglia vedere alcuna difficoltà, e ne rigetta assolutamente l'opinione: « Quoique M. Grenier dise que cette solution est sans difficulté, je dois avouer qu'elle en fait beaucoup pour moi, et je crois même devoir la repousser (4). » Io seguo la dottrina del Troplong. Da una parte la legge sulle ipoteche, che il Troplong giustamente chiama *Statuto reale,* colpisce gl'immobili, i possessori dei quali, a qualunque nazione appartengano, non possono sottrarsi ai pesi e vincoli loro imposti dalla stessa legge, alla quale, come i cittadini, sono soggetti per ragione dei beni. Dall'altra la tutela è di Diritto delle Genti, e l'atto di tutela, sebbene fatto in luogo diverso da quello dove sono posti i beni del tutore, non può

(1) Tom. 1. n. 284.
(2) Tom. 1, n. 284.
(3) N. 307.
(4) Art. 2121, n. 429.

non essere ammesso e riconosciuto dalla legge del luogo ove i detti beni si trovano. Se pertanto questa legge grava d' ipoteca gl' immobili, quando i loro possessori sono rivestiti del carattere di tutore, perchè i minori ed interdetti forestieri non potranno della medesima approfittare, trattandosi di una legge, a cui sono soggetti per cagione dei beni posseduti i loro tutori? Il Grenier e il Duranton guardano la questione sotto un punto di vista che non mi pare il vero. Non possono, dicono essi, i minori e gl' interdetti forestieri godere di un diritto concesso ai cittadini. Ma di quale diritto si tratta? Di un diritto che nasce da una qualità che la legge del luogo ove sono i beni del tutore non può non riconoscere, e, quel che è più, di un diritto che è un vincolo reale imposto dalla legge del luogo, ove si trovano i beni, a carico dei tutori soggetti per cagione del possesso degli stessi beni, non meno dei cittadini, alla medesima legge. Se fosse vera la ragione addotta dal Grenier, i forestieri neppure potrebbero acquistare in Francia ipoteche convenzionali o giudiziali, sebbene risultassero da rogiti pubblicati da Notari Francesi o da sentenze proferite da Tribunali Francesi.

625. Resta ora a dire brevemente della qualità dei crediti, pei quali ai minori ed interdetti compete l' ipoteca legale. Il tutore, sebbene dato alla persona, è il legittimo amministratore, come dice il Vinnio, dei beni della persona affidata alla sua tutela: « Cum personæ pupilli tutor detur; per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur (1). » Perciò la L. 1, pr. D. *De tut. et rat. distr.*, accorda al pupillo l'azione o giudizio di tutela per costringere il tutore a dar conto della sua amministrazione: « In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio: præstando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam. » Questa Legge fissa la regola generale, colla scorta della quale deve essere misurata la responsabilità del tutore nel resoconto della sua amministrazione. Tutto ciò pertanto, di cui il tutore risulta debitore in questo resoconto verso il suo amministrato, rimane garantito dall' ipoteca legale accordata, come già si disse, dalla L. 20, C. *De administ. tut.*, sopra i beni dei tutori e curatori. Non è diverso lo scopo dell' ipoteca legale concessa dall' articolo 2121 sopra i beni dei tutori, la quale serve a ga-

(1) Comment. Instit., lib. 1, tit. 14, § 4.

rantire il pagamento di tutto ciò che i tutori devono ai minori o interdetti per cause dipendenti dalla tenuta amministrazione. Questo scopo è chiaramente indicato nell'articolo 2135, dove è detto che esiste l'ipoteca indipendentemente da qualunque inscrizione in vantaggio de' minori e degl'interdetti sugl'immobili spettanti al loro tutore *per la risponsabilità della di lui amministrazione.* Il tutore giusta l'articolo 450 deve amministrare i beni della persona affidata alla sua tutela da buon padre di famiglia, ed è risponsabile d'ogni danno ed interesse che potesse risultare da una cattiva amministrazione; e perciò l'articolo 469 impone l'obbligo a qualunque tutore di render conto della sua amministrazione, finita la tutela. Se dal conto della tutela il tutore risulterà debitore del minore o interdetto, la somma qualunque, a cui ammonterà il suo debito, sarà garantita dall'ipoteca legale accordata dall'articolo 2121 ai crediti dei minori e interdetti sopra i beni dei loro tutori.

626. È stato fatto il dubbio, se il minore e l'interdetto abbiano l'ipoteca legale contro i loro tutori pei crediti che possono avere contro i medesimi per cause diverse e indipendenti dall'amministrazione. La L. 9, § 3, D. *De adminis. et per. tut.*, stabilisce il seguente principio: « Generaliter quod adversus alium præstare debuit pupillo suo, id adversus se quoque præstare debet: fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit. » La conseguenza di questo principio si è che il tutore è obbligato durante la sua amministrazione a pagare a sè stesso qual tutore le somme da lui dovute per cause estranee alla tutela al pupillo. Infatti, anche quando si tratta di un gestor di negozj, la L. 6, § fin. D. *De negot. gest.*, rende risponsabile il gestore di non avere pagate a sè stesso le somme dovute da lui all'assente: « Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur, quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit; quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur. » Che se il tutore è obbligato ad esigere da sè stesso ciò che deve al pupillo, è chiaro che delle somme di cui esso per cause estranee all'amministrazione era debitore al pupillo, potrà questi chieder conto nel giudizio di tutela. Egli è perciò che Ulpiano nella L. 5, D. *De tut. et rat. distr.*, dichiara che il tutore

che avea ricevuto in deposito o a comodato una cosa dal padre del pupillo, può essere obbligato alla restituzione non solo coll'azione di deposito o di comodato, ma altresì col giudizio di tutela: « Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli, vel commodatam non reddat: non tantum commodati, vel depositi, verum tutelæ quoque tenetur. » E la L. 5, § 4, D. *De adminis. et per. tut.*, ammette come principio generale che il debitore del padre del pupillo, al quale fu dello stesso pupillo affidata la tutela, può essere pel pagamento del suo debito convenuto col giudizio di tutela: « Debitor patris, qui tutelam administravit filii, tutelæ judicio tenebitur etiam ob id, quod patri debuit. » Se dunque col giudizio di tutela il tutore può essere costretto a dar conto delle somme di cui era debitore verso il pupillo per cause estranee alla tutela, ne segue che il pupillo potrà anche per queste somme giovarsi dell'ipoteca legale, come quella che gli compete a garanzia di tutto ciò di cui resta creditore nel giudizio di tutela. Ma sebbene debba ammettersi per vera e conforme ai principj della Romana Giurisprudenza questa massima, mi pare però sia da adottarsi colla seguente distinzione fatta dal Voet (1): O il debito del tutore era esigibile durante l'amministrazione, e in questo caso, siccome il tutore avea l'obbligo di esigerlo da sè stesso, e deve renderne conto nel giudizio di tutela, così rimarrà garantito come debito d'amministrazione dall'ipoteca legale. O al contrario si tratta di debito o sospeso da condizione, o di cui non si verificò la scadenza durante l'amministrazione, e allora il pupillo, non potendo chiederne conto al tutore nel giudizio di tutela, conserverà tutte le azioni e diritti derivanti della natura del credito da esercitarsi quando si sarà verificata la condizione o la scadenza, ma non potrà pretendere di giovarsi per questo credito dell'ipoteca legale che la legge gli accorda pei crediti dipendenti dall'amministrazione del tutore. In somma il credito che il pupillo tiene contro il tutore se si può convertire in un credito d'amministrazione, allora deve godere tutti i vantaggi che sono inerenti al credito che ha il pupillo contro il tutore per cause dipendenti dall'amministrazione, e ciò conformemente alla massima stabilita nella L. 9, § 1, in fine D. *De admin. et per. tutorum:* « Si quis dixerit, in tutelæ judicium devolvi; et privilegio locus est, et fidejussores tenebuntur, si rem salvam fore cautum est. » Ma se

(1) Lib. 20, tit. 2, n. 16.

una tale trasformazione non si può fare, perchè del credito o non si verificò la condizione o non venne la scadenza durante l'amministrazione, allora il pupillo non può associare al suo credito non repetibile coll'azione di tutela i diritti e le garanzie proprie soltanto dei crediti d'amministrazione. Che la distinzione fatta dal Voet tra il debito del tutore esigibile durante l'amministrazione e il debito non esigibile sia giusta, si prova con un argomento di analogia che fornisce Trifonino nella L. 38, D. *De negot. gest.*, nella quale appunto rende risponsabile il gestor dei negozj delle usure del debito da lui tenuto verso l'assente secondo che il debito stesso era o no esigibile durante la gestione: » Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia. Quæsitum est, an negotiorum gestorum actione summæ illius usuras præstare debeat. Dixi, si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras: quod si dies solvendæ pecuniæ, tempore quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum: sed die præterito, si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonæ fidei judicio præstaturum. »

Il Troplong (1), il Duranton (2), e il Grenier (3) s'accordano anch'essi nell'ammettere che ai minori ed interdetti compete l'ipoteca legale pei crediti contro il tutore dipendenti da cause estranee all'amministrazione; e ciò perchè il tutore come deve dar conto delle somme non esatte dagli altri debitori, così deve altresì dar conto di quelle che da sè stesso dovea esigere. Io mi soscrivo pienamente all'opinione di questi Giureconsulti; ma credo che la massima da essi concordemente insegnata debba intendersi e applicarsi coll'accennata distinzione fatta dal profondo Voet. Imperocchè o il debito del tutore è condizionale, e allora *neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione,* come dice la L. 213, D. *De verb. signif.;* o è a tempo, e in questo caso *cessit dies, sed nondum venit,* come dice la stessa Legge. Non può il tutore essere tenuto a dar conto nel giudizio di tutela delle somme, di cui esso è debitore verso il minore o l'interdetto per cause estranee alla tutela, quando durante l'amministrazione il debito suo non si rese esigibile, non potendo il tutore essere ob-

(1) Art. 2121, n. 427.
(2) N. 317.
(3) Tom. 1, n. 282.

bligato a pagare un debito o sospeso da condizione o di cui non si verificò la scadenza. E se il tutore non è obbligato a dar conto nel giudizio di tutela delle somme non per anche esigibili, di cui esso è debitore per cause estranee all'amministrazione, ma di quelle sole che erano esigibili durante il tempo dell' amministrazione, è chiaro che solamente per queste ultime, le quali si confondono col debito d' amministrazione, e non per le prime potranno esercitare i minori e gl' interdetti l' ipoteca legale che l' articolo 2121 accorda sopra i beni dei tutori.

627. Se è certo che ai pupilli era per Gius Romano accordato un privilegio che fu poscia, come già si disse, convertito in una ipoteca legale sui beni del tutore, è certo altresì che un tale privilegio, sebbene non trasmissibile agli eredi, durava ed era esercibile anche dopo la tutela sino a che il debito del tutore dipendente dalla cessata amministrazione non era soddisfatto nei modi legali o prescritto. Questo principio è chiaramente stabilito da Paolo nella L. 44, § 1, D. *De administrat. et per. tutorum:* « Sed si pupillus post pubertatem, rationibus a tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. » A più forte ragione la ipoteca legale surrogata al privilegio, la quale era di sua natura trasmissibile agli eredi, durava dopo la pubertà, ossia dopo che era cessata la tutela, sino a che il debito non era o prescritto o interamente soddisfatto (1). L' ipoteca legale accordata dall' articolo 2121 ai minori e agl' interdetti sui beni dei tutori è della stessa natura dell' ipoteca tacita romana; e perciò durerà anche dopo che ebbe fine la tutela, e rimarrà estinta coi modi ordinarj, onde si estinguono le altre ipoteche (2).

628. Gli altri crediti, a cui l' articolo 2121 accorda l' ipoteca legale, sono quelli della Nazione, de' Comuni, e degli Stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto.

Il Fisco, ossia il Tesoro della Nazione (3), ha per Gius Romano non solo un privilegio personale per essere preferito a qualunque creditore chirografario, ma altresì una ipoteca legale so-

(1) Voet, lib. 20, tit. 2, n. 18.
(2) Persil, art. 2121, n. 41.
(3) Brunnem. in Cod. lib. 10, tit. 1, prœm.

pra i beni di qualunque debitore (1). Perciò la L. 4, C. *De privileg. Fisci*, dichiara che il Procuratore del Fisco non potrà molestare il compratore di un fondo che apparteneva al debitore del Fisco, quando la vendita fu fatta prima che il Fisco divenisse creditore : « Si debitor, cujus fuisse fundum ipse confiteris, prius eum distraxit, quam Fisco aliquid debuit: inquietandum te non esse Procurator meus cognoscet. Nam et si postea debitor exstiterit: non ideo tamen ea, quæ de dominio ejus excesserunt, pignoris jure Fisco potuerunt obligari. » È chiarissima la ragione di questa Legge. Il creditore ipotecario, sebbene abbia una ipoteca generale sopra i beni del debitore, non può mai estendere la sua ipoteca sui beni dal debitore già alienati prima della formazione del debito e quindi prima che la ipoteca gravasse il suo patrimonio. Il creditore ipotecario può agire soltanto con azione reale sui beni dal debitore alienati dopo che sui medesimi si era già radicato il vincolo dell' ipoteca. La citata Legge rende omaggio a questa massima generale, e lungi dal provare che il Fisco non ha ipoteca sui beni del debitore, prova invece che il gius d'ipoteca tacita spettante al Fisco è subordinato ai principj generali che regolano i diritti dei creditori ipotecarj in faccia ai possessori che acquistarono fondi dal debitore. La L. 6, C. *De privil. Fisci*, porta il caso inverso; suppone cioè che un padre già debitore del Fisco abbia dato alla figlia in dote un suo fondo, ed accorda perciò al Procuratore del Fisco la facoltà di esercitare l' azione ipotecaria contro il fondo dato alla figlia, come quello sul quale prima della costituzione della dote si era radicato *ipso jure* il gius dell'ipoteca a carico del padre già debitore del Fisco: « Cum patrem tuum Fisci debitorem fuisse demonstres, eumque nubenti tibi possessionem dedisse alleges: Procuratorem jus Fisci exequentem eam jure pignoris revocare potuisse intelligis. » Ma sebbene il Fisco avesse un' ipoteca tacita sui beni dei suoi debitori, ipoteca concessagli in termini generali ed assoluti dalla L. 2, C. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac.*, e dalla L. 46, § 3, D. *De jure Fisci*, nè privilegio nè ipoteca avea per le azioni penali (2). L'ipoteca che avea il Fisco sui beni dei suoi debitori non era un'ipo-

(1) Vedi vol. I, n. 44, pag. 46. Pothier ad Pand., lib. 42, tit. 5, n. 29. Idem, lib. 20, tit. 2, n. 2 e 3. Voet, lib. 20, tit. 2, n. 8.

(2) Vedi vol. 1, n. 44, pag. 47. Voet, lib. 20, tit. 2, n. 9. Brunnem. ad L. un. C. Pœnis Fiscal.

teca privilegiata, ma sottoposta alla regola generale a cui erano soggette tutte le ipoteche, secondo la quale il grado si misura dalla anteriorità del tempo. Ciò risulta chiaramente dalla L. 8, D. *Qui pot. in pignore :* « Si pignus specialiter Respublica acceperit, dicendum est, præferri eam Fisco debere, si postea Fisco debitor obligatus est: quia et privati præferuntur. » In due casi però la ipoteca del Fisco era privilegiata, ossia era preferita a tutti i creditori ipotecarj anteriori di tempo. Primieramente, quando il Fisco era creditore dei tributi, come risulta dalla L. 1, C. *Si propter pub. pens. venditio :* « Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt. » L'altro titolo, per cui al Fisco è accordata l'ipoteca privilegiata, è l'amministrazione del Primipilo, pei debiti del quale la L. 3, C. *De Primipilo,* attribuisce al Fisco il diritto di essere perfino preferito alla dote: « Utilitas publica præferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit Fisco satisfactum esse ob causam Primipili, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit. » Essendo il Primipilo l'amministratore dell'annona militare (1), facilmente si spiega la ragione dell'ipoteca privilegiata accordata al Fisco. Che anzi pei crediti contro il Primipilo la L. 4, C. *In quib. caus. pign.,* dà diritto al Fisco sui beni dotali della moglie in via sussidiaria. La qual disposizione è dettata, come avverte il Brunnemanno (2), da una ragione di pubblica necessità: « Ratio in necessitate annonæ, qua deficiente totius exercitus salus periclitatur. » A dir vero, alla disposizione della citata L. 4, C. *In quib. caus. pign.*, sembrerebbe contraria la massima stabilita dalla L. 1, C. *De privil. Fisci*, secondo la quale i beni della moglie del Primipilo non possono essere occupati dal Fisco creditore del marito: « Bona mariti tui si ob reliqua administrationis primipilariæ a Fisco occupata sunt: res, quas tuas esse liquido probaveris, ab aliis separatæ tibi restituantur. » Ma il Brunnemanno spiega l'apparente contraddizione tra le dette due Leggi col dire che dalla L. 4, C. *In quib. caus. pign.,* sono vincolati in sussidio a favore del Fisco i beni dotali della moglie del Primipilo, come quelli sui quali ha il marito, che è il padron della dote, il dominio civile; e che perciò l'altra L. 1, C.

(1) Brunnem. ad tit. C. *De Primipilo.*
(2) Ad L. 4, C. *In quib. caus. pign.*

De privil. Fisci, devesi riferire esclusivamente ai soli beni stradotali, sui quali non ha il marito alcun dominio (1).

Il Codice Napoleone accorda coll'articolo 2121 una ipoteca legale ai crediti della Nazione, ossia del Tesoro pubblico, sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto. Ma oltre quest'ipoteca legale il Tesoro pubblico ha altresì un privilegio espressamente riservatogli dall'articolo 2098, e le Leggi che determinano e regolano il privilegio del pubblico Tesoro furono da me citate nel primo volume, al quale mi riporto (2). I diritti dunque del Tesoro pubblico sono o una ipoteca legale o un privilegio secondo i casi determinati dalle leggi speciali che regolano tali diritti (3).

629. Anche alle città accorda il Gius Romano un privilegio personale sui beni dei loro debitori per essere preferite ai creditori chirografarj (4). Ma nessuna disposizione di legge attribuisce alle città la tacita ipoteca che era concessa al Fisco sui beni dei debitori. Perciò il Brunnemanno, confrontando i privilegi del Fisco con quelli delle città, dice essere assai migliore la condizione del primo, non avendo le città l'ipoteca tacita accordata al Fisco sui beni dei debitori: « Collige: Fisci meliorem esse conditionem, quam aliarum civitatum. Sic etiam Fiscus habet in bonis debitorum hypothecam; Respublica vero tantum personale privilegium (5). » È però certo che nella L. 3, C. *De jure Reip.,* la Repubblica viene agguagliata ai pupilli: « Rempublicam ut pupillam extra ordinem juvari, moris est. » Anche nella L. 4, C. *Quib. ex caus. major. in integ.,* alla Repubblica si estendono i diritti concessi ai minori di età: « Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest. » E se nella L. 9, D. *De appellat.,* il rimedio della restituzione è negato alla Repubblica, ciò è perchè è negato altresì ai pupilli quando si tratta di una sentenza proferita in favore della libertà: « Illud sciendum est, neque pupillum, neque Rempublicam, cum pro libertate judicatur, in integrum restitui posse. » Essendo dalle Romane Leggi le città considerate e trattate come

(1) Ad L. 1, C. *De privil. Fisci.*
(2) N. 47, pag. 49.
(3) Grenier, tom. 1, n. 289.
(4) Vedi vol. 1, n. 45, pag. 48.
(5) Ad L. 1, C. *De vendend. reb. Civ.*

pupille, ne dedussero con buon fondamento gl' Interpreti che anche alle medesime dovesse estendersi l' ipoteca legale sui beni dei loro amministratori concessa ai pupilli e minori dalla L. 20, C. *De administrat. tut.*, contro i tutori e curatori *pro officio administrationis*. Il Brunnemanno perciò mentre nega alle città l' ipoteca legale sui beni dei loro debitori (1), l' accorda loro sui beni degli amministratori: « Collige: regulariter Civitates Municipales non habere hypothecam in bonis debitorum, licet habeant in bonis administratorum. » Il Brunnemanno ripete la stessa massima commentando la L. 2, C. *De jure Reipublicæ*. Anche il Voet insegna la stessa dottrina, e dice ancora come gl' Interpreti abbiano non solo alle Città, ma altresì alle Chiese e ai pii Stabilimenti estesa l' ipoteca legale sui beni dei loro amministratori: « Civitati quoque et ad exemplum ejus Ecclesiæ aliisque piis locis in bonis administratorum legale pignus ab Interpretibus vulgo vindicatum est. » Il Voet dice francamente che questa ipoteca legale, che non era alle Città concessa da alcuna disposizione di legge, venne dalla interpretazione dei Giureconsulti alle Città, alle Chiese ed ai pii Stabilimenti attribuita ad imitazione di quella che la legge espressamente accordava ai pupilli e ai minori sui beni dei loro tutori o curatori: « Etsi Civitates privatorum loco habeantur, tamen quia placuit eas in plerisque minorum jure uti, non inconveniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecæ, quod minoribus in bonis curatorum competere supra dictum est (2). » L' interpretazione adunque dei Giureconsulti supplì in favore delle Città e dei pii Stabilimenti al silenzio della legge, la quale accordava semplicemente l' ipoteca legale ai pupilli, ai minori ed interdetti sopra i beni dei tutori e curatori.

Inspirati da questa giurisprudenza i Compilatori del Codice Napoleone concessero nell' articolo 2121 ai Comuni e ai pubblici Stabilimenti sopra i beni degli esattori ed amministratori, obbligati a render conto, la stessa ipoteca legale accordata ai minori ed agli interdetti sopra i beni dei loro curatori. Ma fra la ipoteca concessa ai minori ed agl' interdetti e quella attribuita ai Comuni ed ai pubblici Stabilimenti vi ha una importantissima differenza quanto alla formalità della inscrizione. Imperocchè la

(1) Ad L. 37, D. *De reb. auctor. Jud. pos.*
(2) Lib. 20, tit. 2, n. 25.

prima è dall' articolo 2135 dispensata dall' obbligo della inscrizione; mentre quella dei Comuni e dei pubblici Stabilimenti è soggetta alla regola generale stabilita coll' antecedente art. 2134, in forza della quale l' ipoteca di qualunque natura e specie non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell' inscrizione.

630. Prima di chiudere le presenti illustrazioni sull' articolo 2121, il quale determina i casi in cui la legge accorda l' ipoteca legale, ci resta da rispondere a un quesito. I diritti contemplati dal detto articolo 2121 sono i soli, a cui compete l' ipoteca legale? Oppure vi sono altri titoli in favor dei quali l' ipoteca legale deve ammettersi? Tanto le ipoteche legali, quanto i privilegi sono una creazione della legge, dalla quale solo ripetono la loro vita ed esistenza. Ora l' articolo 2113 dispone, che tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell' inscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni dalla legge prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia di essere ipotecarj, e che l' ipoteca si misura relativamente ai terzi dall' epoca delle inscrizioni. Questa ipoteca, in cui si trasformano i privilegi nel caso contemplato dal detto articolo 2113, è una vera ipoteca legale, come quella che deriva dalla legge, e non dalla convenzione delle parti, o da sentenza (1). Ecco dunque nuove ipoteche legali non contemplate nell' articolo 2121.

631. Ma vi è un' altra ipoteca legale, di cui non fa menzione l' articolo 2121, ed è quella che compete ai legatarj sui fondi della eredità. Pel Gius delle Pandette i legatarj non aveano l' azione reale ipotecaria contro i beni dell' eredità, e solamente poteano muovere l' azione reale di rivendicazione quando il legato era concepito colla formola *per vindicationem* (2). È vero che Papiniano nella L. 4, § 1, D. *De separat.*, dice: « Legatarios autem in ea tantum parte, quæ de bonis servari potuit, habere pignoris causam, convenit. » Ma è vero altresì che qui Papiniano accenna al beneficio della separazione spettante ai creditori del defunto ed ai legatarj, e a quella specie di pegno Pretorio che nasceva in favore dei detti creditori e legatarj dalla dimanda giudiziale del beneficio della separazione dei beni del

(1) Duranton, n. 288. Persil, art. 2121, n. 47.
(2) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 20, § 2.

defunto da quelli dell'erede (1). L'ipoteca legale sui beni della eredità e quindi l'azione reale ipotecaria fu ai legatarj concessa da Giustiniano colla L. 1, C. *Communia de legatis*: « Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem præstare: sed et in rem, quatenus eis liceat, easdem res, sive per quodcumque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est, hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. » Non devesi dunque confondere il beneficio della separazione dei patrimonj, di cui parla il titolo delle Pandette — *De separationibus,* — concesso ai creditori del defunto ed ai legatarj, colla ipoteca legale sui beni della eredità attribuita da Giustiniano colla citata Costituzione ai legatarj, i quali perciò hanno due rimedj, di cui possono giovarsi, cioè l'antico privilegio della separazione dei patrimonj e la legale ipoteca. I quali due rimedj, sebbene abbiano questo di comune che l'uno e l'altro possono esercitarsi sopra i soli beni della eredità, differiscono principalmente in ciò, che il benefizio della separazione non può invocarsi rispetto ai beni dall'erede in buona fede alienati, laddove l'ipoteca legale è di sua natura esercibile contro qualunque terzo possessore (2). Ma è cosa importantissima l'avvertire, che mentre l'ipoteca è di sua natura indivisibile, Giustiniano volle colla citata L. 1, C. *Commun. de leg.*, che l'azione reale ipotecaria concessa ai legatarj fosse divisibile contro gli eredi, e che quindi nessuno di questi fosse ipotecariamente tenuto al pagamento del legato oltre i limiti dell'obbligazione personale: « In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. » Due sono dunque i caratteri rilevanti di questa ipoteca legale concessa da Giustiniano ai legatarj a garanzia del pagamento del legato. Primieramente è limitata ai soli beni ereditarj pervenuti all'erede dalla eredità, e di ciò non lasciano alcun dubbio le ultime parole della citata Costituzione di Giustiniano: « Et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ, quæ gravata est fideicommisso, rerum: sed tan-

(1) Vinnii Comment. Instit., loc. cit.
(2) Vinnii Comment. Instit., loc. cit.

tummodo earum, quæ a testatore ad eum pervenerint (1). » In secondo luogo è divisibile fra i diversi coeredi nella stessa maniera in cui è fra loro divisibile l'azione personale, e questo carattere, che è contrario all'indole dell'ipoteca, la quale è di sua natura indivisibile, è proprio soltanto dell'ipoteca legale dei legatarj (2). E siccome ogni ipoteca deve avere per fondamento una obbligazione, anche di questa ipoteca tacita concessa da Giustiniano ai legatarj trovasi la ragione nel quasi contratto che ha luogo tra l'erede e i legatarj, verso i quali l'erede stesso rimane in forza dell'adizione dell'eredità personalmente obbligato al pagamento del legato (3).

Vediamo ora se anche il Codice Napoleone accorda ai legatarj la stessa ipoteca legale. L'articolo 1017 dispone nella prima parte che gli eredi del testatore o altri debitori di un legato saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della quota e porzione di cui partecipa nell'eredità. La quale disposizione è la ripetizione della massima proclamata da Modestino nella L. 33, pr. D. *De legat.* 2: « Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit. » Nella seconda parte poi stabilisce che i detti eredi o altri debitori di un legato saranno tenuti per il tutto *coll'azione ipotecaria* fino alla concorrenza del valore degl'immobili dell'eredità di cui saranno detentori. Questa seconda parte conferma chiaramente a favore dei legatarj l'ipoteca legale sui beni dell'eredità loro attribuita da Giustiniano, colla sola differenza che la Costituzione di Giustiniano accorda ai legatarj l'azione ipotecaria entro i limiti della risponsabilità personale di ciascuno degli eredi, derogando al principio della indivisibilità della ipoteca; laddove il citato articolo 1017 del Codice Napoleone, rispettando rigorosamente il detto principio, accorda ai legatarj l'ipoteca legale contro ciascuno degli eredi non già *in quantum personalis actio adversus eum competit*, come suonano le parole della lodata Costituzione Giustinianea, ma *fino alla concorrenza del valore degl'immobili dell'eredità di cui saranno detentori.* A fronte della chiarissima disposizione del citato articolo 1017 deve te-

(1) Decisione 787 del Supremo Consiglio di Modena del 30 gennaio 1830, tomo 4, pag. 15.

(2) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 20, § 2, in fine.

(3) Instit., lib. 3, tit. 28, § 3.

nersi per certo, che ai legatarj compete anche secondo il Codice Napoleone l'ipoteca legale sui beni immobili dell'eredità indipendentemente dal privilegio della separazione dei patrimonj loro concesso dall'articolo **2111**. Dico ***sui beni immobili dell'eredità;*** perchè, sebbene i legatarj abbiano contro gli eredi l'azione personale *ex testamento,* derivante dal quasi contratto dell'adizione dell'eredità, è però certo che la più volte citata Costituzione di Giustiniano accordava ai legatarj l'ipoteca legale sui beni soltanto dell'eredità e non punto su quelli dell'erede, e che ad imitazione della detta Costituzione il citato articolo del Codice Napoleone colle parole — ***fino alla concorrenza del valore degl'immobili dell'eredità di cui saranno detentori*** — restringe evidentemente l'ipoteca dei legatarj ai soli beni immobili della eredità. All'appoggio del citato articolo **1017** il Troplong (1), il Duranton (2), il Persil (3), e molti altri Interpreti s'accordano nell'attribuire ai legatarj l'ipoteca legale sui beni immobili dell'eredità indipendentemente dal beneflzio della separazione dei patrimonj. Ma il Grenier sembra confondere l'ipoteca legale competente ai legatarj col detto privilegio della separazione dei patrimonj concesso dal citato articolo **2111** ai creditori del defunto ed ai legatarj. Infatti parlando delle ipoteche legali romane ammesse anche dal Codice Napoleone, ed in ispecie di quella dei legatarj così si esprime: « Ce n'est pas que notre législation actuelle n'ait admis quelques-unes de ces hypothèques légales, telles, par exemple, que celles relatives aux legs et aux soultes ou retours en partage. Mais d'après les art. **2109** et **2111** du Code Civil, les droits relatifs à ces deux objets sont plutôt des privilèges que des hypothèques légales (4). » Anche quando il Grenier tratta espressamente del beneflzio di separazione ripete che all'ipoteca concessa dal Diritto Giustinianeo ai legatarj è stato dal Codice Napoleone surrogato un privilegio: « Sous cette ancienne législation, le fait seul du legs établi par le testament, formait le germe de l'hypothèque légale, qui était déférée au légataire, et qui, d'après le Code, a pris titre de

(1) Art. 2121, n. 432. ter.
(2) N. 288.
(3) Art. 2121, n. 48.
(4) Tom. 1, n. 224.

privilège (1). » — Qualunque sia su questo punto l'opinione del Grenier, io tengo per fermo che non debbasi confondere l'ipoteca legale concessa esclusivamente ai legatarj sui beni immobili della eredità col privilegio accordato dall'articolo 2111 ai creditori ereditarj ed ai legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto. Imperocchè questa ipoteca legale, indipendente dal benefizio della separazione dei patrimonj, trovasi espressamente attribuita ai legatarj nella seconda parte del citato articolo 1017, ad imitazione della ipoteca legale che ai legatarj concesse Giustiniano, non ostante il benefizio della separazione dei patrimonj che il Gius antico ad essi e ai creditori del defunto incontrastabilmente accordava. Nè è di piccola importanza per l'interesse dei legatarj l'ipoteca legale loro concessa dall'articolo 1017 indipendentemente dal privilegio della separazione. Imperocchè questo privilegio compete in forza dell'articolo 880, e può esercitarsi finchè gl'immobili dell'eredità esistono in potere dell'erede, e non è mai esercibile contro i terzi possessori degli immobili ereditarj (2). Al contrario l'ipoteca legale spettante ai legatarj, a somiglianza di quella concessa ai legatarj da Giustiniano, la quale dava l'azione reale ipotecaria contro qualunque terzo possessore (3), è, come qualunque altra ipoteca, esercibile contro qualunque terzo possessore degli immobili dell'eredità alienati dall'erede.

632. E di questa ipoteca legale ai legatarj concessa dall'articolo 1017 indipendentemente dal privilegio della separazione dei patrimonj, quali saranno gli effetti? Potranno i legatarj valersene al pari del privilegio della separazione dei patrimonj in solo concorso dei creditori personali dell'erede, o anche in concorso e in pregiudizio dei creditori chirografarj della eredità? La L. 66, § 1, D. *Ad Leg. Falcid.*, proclama il principio: « Legata non debentur, nisi deducto ære alieno. » Questo principio, che trovasi confermato dalla L. 15, C. *De legat.*, e da molte altre Leggi delle Pandette e del Codice, non è che un corollario dell'altro principio insegnato da Paolo nella L. 39, § 1, D. *De verbor. significatione:* « Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt. » Se i beni, da cui devono detrarsi i le-

(1) Tom. 2, n. 422.
(2) Vedi vol. 2, n. 460, 462 e 463, pag. 280.
(3) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 20, § 2.

gati, devon essere purgati dai debiti, i creditori dell'eredità dovranno essere pagati preferibilmente ai legatarj. Appoggiato il Troplong a questa massima insegna che la ipoteca legale concessa dall'articolo 1017 ai legatarj, sebbene sia stata debitamente inscritta, non può mai giovare e dare un grado di preferenza sopra i creditori dell'eredità, comecchè chirografarj: « Mais cette inscription n'est nécessaire que pour assurer au légataire une préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, ou sur les tiers détenteurs, et pas du tout pour déterminer le rang des légataires entre eux. Quant aux créanciers de l'hérédité, on sait que les legs ne sont payables qu'après les dettes (1). » La stessa massima è pur insegnata dal Persil, il quale ammette come verità incontrastabile che l'ipoteca dei legatarj non può mai essere opposta e tornare in pregiudizio ai creditori dell' eredità, i quali, comecchè chirografarj, hanno diritto di essere pagati preferibilmente a qualunque legatario (2).

Io non posso dividere l'opinione di questi illustri Giureconsulti, e credo si debba fare una distinzione, che a me pare importantissima, per conciliare la massima da essi invocata coi diritti derivanti dalla ipoteca ai legatarj accordata dalla legge. I legatarj messi a conflitto coi creditori della eredità non possono certamente avere minori diritti di quelli che competono ai creditori personali dell'erede, e ciò perchè i legatarj, come insegna il Vinnio (3), sono anch'essi creditori personali dell'erede in forza del quasi contratto che nasce dall'adizione dell' eredità: Ex legatis non est obligatio hereditaria, sed obligatio heredis. » D'altra parte se è giusto che i creditori della eredità siano pagati sui beni ereditarj prima dei creditori personali dell'erede, è giusto altresì che sui beni stessi siano anche i legatarj preferiti ai creditori personali dell'erede, perchè in confronto dei creditori personali dell'erede anche i legati, come dice Paolo nella L. 40, D. *De obligat. et act.*, sono considerati debiti della eredità: « Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede ceperint. » A più forte ragione adunque i legatarj posti in conflitto coi creditori della eredità non devono avere minori diritti di quelli che spettano ai creditori personali dell'erede. Ora, per

(1) Art. 2121, n. 432 ter.
(2) Art. 2121, n. 50.
(3) Comment. Instit., lib. 3, tit. 28, § 3.

evitare il concorso dei creditori personali dell' erede sul prezzo dei beni della eredità, e molto più per evitare le conseguenze delle ipoteche che possono venir costituite sugli stessi beni in favore dei creditori personali dell' erede o per fatto dello stesso erede, o per forza di legge, a qual rimedio devono ricorrere i creditori della eredità? Al rimedio della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Senza ricorrere a questo rimedio, invano i creditori della eredità pretendono un diritto di prelazione rispetto ai beni ereditarj sopra i creditori personali dell' erede; invano invocano la massima stabilita da Pomponio nella L. 165, D. *De verb. significatione:* « Venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno. » Imperocchè se col detto rimedio non si separano i due patrimonj del defunto e dell'erede, la massa dei creditori della eredità si confonde con quella dei creditori personali dell'erede, ha luogo la confusione dei beni, e la sorte dei creditori dell'eredità diviene uguale a quella dei creditori personali dell'erede (1). Non m' insegna lo stesso Persil che i creditori dell'eredità hanno sui beni ereditarj il diritto di prelazione sopra i creditori personali dell' erede sì veramente che invochino il benefizio della separazione dei patrimonj? Riporterò le sue parole: « L'effet de cette demande pour eux (cioè pei creditori della eredità) est de leur donner la préférence sur les créanciers de l'héritier (2). » Se i creditori dell'eredità non invocano il benefizio della separazione dei patrimonj, non solo le due masse dei creditori chirografarj del defunto e dell' erede sono pagate per contributo sul prezzo dei beni della eredità, ma i creditori personali dell'erede, a cui furono dati in ipoteca dall' erede stesso i beni ereditarj, sono preferiti sul prezzo di questi beni ereditarj a tutti i creditori chirografarj dell' eredità, o aventi una ipoteca posteriormente inscritta. La massima dunque — *Bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno* — invocata dal Persil e dal Troplong, non può servire di appoggio alla loro opinione, perchè la preferenza accordata dalla legge ai creditori del defunto sui beni della eredità in concorso dei creditori personali dell' erede è assolutamente subordinata alla dimanda da farsi dai primi della separazione dei patrimonj, senza la quale i creditori della eredità

(1) Vedi vol. 2, n. 362, pag. 92.
(2) Art. 2111, n. 1.

hanno gli stessi diritti dei creditori dell'erede. E se i creditori della eredità non possono pretendere sui beni ereditarj il gius di preferenza in concorso dei creditori personali dell'erede a meno che non dimandino il beneficio della separazione dei patrimonj; per la stessa ragione, ed anzi a più forte ragione non potranno vantare il gius di preferenza in concorso dei legatarj, non solo perchè anche questi sono, come si disse, altrettanti creditori personali dell'erede in forza del quasi contratto della adizione, ma molto più perchè i legatarj hanno sui beni della eredità maggiori diritti che non hanno i creditori personali dell'erede. Il perchè io credo che la massima generale ed assoluta insegnata dal Persil e dal Troplong, i quali ammettono come un vero incontrastabile che non può la ipoteca legale dei legatarj avere alcun effetto in faccia ai creditori dell'eredità, sia una esagerata applicazione del principio, certamente vero, che i legati devono essere pagati dopo i debiti ereditarj. Tutti i principj si salvano e si conciliano a parer mio colla seguente distinzione. O i creditori della eredità hanno conservato il privilegio della separazione dei patrimonj nei modi prescritti dall'articolo 2111, e in questo caso l'ipoteca concessa dall'articolo 1017 ai legatarj non potrà mai essere opposta e recare pregiudizio ai detti creditori. Imperocchè a fronte del detto privilegio debitamente conservato dai creditori della eredità, i legatarj, sia che esercitino l'ipoteca loro concessa dal detto articolo 1017, sia che invochino essi pure il privilegio della separazione, devono essere necessariamente pagati dopo i creditori della eredità in forza del già mentovato principio — *Legata non debentur, nisi deducto œre alieno.* — Infatti, se i legatarj fanno uso dell'ipoteca legale in concorso dei creditori dell'eredità che conservarono il beneficio della separazione dei patrimonj, sono vinti per la ragione che i privilegi sono preferiti a qualunque ipoteca. Se i legatarj dimandano essi pure il beneficio della separazione dei patrimonj, anche in questo caso sono vinti dai creditori della eredità, perchè il beneficio della separazione, come dice Giuliano nella L. 6, pr. D. *De separat.*, giova ai legatarj dopo che furono soddisfatti i creditori del defunto che lo invocarono (1). O i creditori dell'eredità non hanno conservato il privilegio della separazione, e allora rimanendo confusi colla massa dei creditori chirografarj dell'erede,

(1) Vedi vol. 2, n. 466, pag. 299.

saranno necessariamente vinti dall' ipoteca legale dei legatarj (1). Imperocchè come la ipoteca legale dei legatarj è preferita alla massa dei creditori chirografarj dell'erede, non può non essere preferita altresì alla massa dei creditori chirografarj dell'eredità, la quale in mancanza del rimedio della separazione dei patrimonj si confonde colla massa dei creditori personali dell'erede. Una semplicissima osservazione sulla seconda parte dell'articolo 2111 porge alla mia opinione una maggiore conferma. Dichiara quest'articolo che prima della scadenza del termine dei sei mesi assegnato per la inscrizione del privilegio della separazione dei patrimonj non può essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra i beni immobili dell'eredità dagli eredi o rappresentanti il defunto, *in pregiudizio dei creditori o legatarj*. La conseguenza che deriva da questa disposizione si è che dopo il detto termine potrà essere con effetto costituita sopra i beni immobili dell'eredità una ipoteca in pregiudizio dei creditori che non hanno conservato il privilegio della separazione. Se dunque dopo il detto termine può essere a favore dei creditori personali dello erede costituita una ipoteca sopra i beni immobili della eredità in pregiudizio dei creditori della stessa eredità che non hanno conservato il privilegio della separazione, per la stessa ed anzi a più forte ragione avrà tutto il suo effetto in loro pregiudizio l'ipoteca dall' articolo 1017 accordata ai legatarj. Con questa distinzione io credo di salvare e di rispettare tutti i principj che regolano sì i rapporti dei legatarj messi a confronto coi creditori della eredità, come quelli dei creditori, cui è accordata l'ipoteca legale, posti in concorso dei semplici creditori chirografarj, che non possono far uso di alcun privilegio.

Potrebbe accadere che i creditori della eredità che non conservarono il privilegio della separazione prendessero la iscrizione sugli immobili ereditarj dopo la scadenza del termine dei sei mesi all'appoggio dell'articolo 2113, secondo il quale si converte in ipoteca semplice da misurarsi dall'epoca dell'inscrizione il privilegio non inscritto nel termine dalla legge stabilito. E in questo caso venendo a conflitto l'ipoteca legale dei legatarj, inscritta all'appoggio del citato articolo 1017, coll'ipoteca essa pure legale dei creditori dell'eredità inscritta dopo il termine dei sei mesi

(1) Vedi vol. 2, n. 467, pag. 300.

assegnato dalla legge per la conservazione del privilegio della separazione, a chi si darà la preferenza? È facile la risposta. Siccome i creditori della eredità hanno perduto nel supposto caso il privilegio della separazione dei patrimonj, che dava loro il diritto di essere preferiti a tutti i creditori personali dell'erede ed anche ai legatarj; siccome essi non hanno più sugli immobili ereditarj che una ipoteca legale loro attribuita dall'articolo 2113 da misurarsi dall'epoca della inscrizione; e siccome fra i diversi creditori ipotecarj, qualunque sia la causa della loro ipoteca, il grado si misura dalla data della inscrizione secondo l'antico adagio — *Qui prior est tempore, potior est jure;* — così l'ipoteca legale inscritta dai legatarj all'appoggio del detto articolo 1017 trovandosi in conflitto con quella dei creditori della eredità, che non avendo conservato il privilegio inscrissero dopo i sei mesi l'ipoteca legale semplice all'appoggio del citato articolo 2113, otterrà grado dalla data della sua inscrizione, e sarà o preferita o posposta a quella dei creditori della eredità, secondo che sarà anteriore o posteriore di tempo.

Il Troplong pensa anche che la ipoteca concessa dall'articolo 1017 ai legatarj non serve a determinare il grado tra loro, e che giova solo in concorso dei creditori personali dell'erede. Neppure su questo punto posso convenire nell'opinione del Troplong. E infatti il beneflzio della separazione dà un privilegio, il quale è subordinato, come tutti gli altri privilegi, alla disposizione dell'articolo 2097, secondo il quale i creditori privilegiati che sono nel medesimo grado sono pagati in proporzione eguale, e a quella dell'articolo 2106, giusta il quale la inscrizione dei privilegi costituiti sugli immobili dà semplicemente effetto e non grado agli stessi privilegi (1). Tutti dunque i creditori della eredità che hanno conservato debitamente il privilegio nel termine fissato dall'articolo 2111, e dopo di essi tutti i legatarj che fanno uso del privilegio della separazione dei patrimonj, devono essere pagati per contributo nello stesso grado. Ma quando i legatarj fanno uso non del privilegio della separazione dei patrimonj, ma della semplice ipoteca legale, sebbene tutti abbiano la stessa ipoteca, avrà ciascuno di essi il grado che verrà determinato dalla data della inscrizione, perchè è massima generale che il grado delle ipoteche, o siano legali, o giudiziali, o convenzionali, si misura dalla

(1) Vedi vol. 2, n. 385, pag. 134.

data dell'accesa inscrizione, sebbene si tratti di creditori che vantano la stessa ipoteca. Anche i legatarj, come più volte si è detto, sono creditori personali dell'erede, e come i creditori personali dell'erede, i quali abbiano la stessa ipoteca, non sono pagati per contributo, ma secondo il rispettivo grado determinato dalla inscrizione; così anche i legatarj, che fanno uso dell'ipoteca legale loro accordata dalla legge sugli immobili della eredità, saranno, non solo in concorso dei creditori personali dell'erede, ma anche fra loro, graduati e pagati secondo il posto che sarà determinato dalla data delle rispettive inscrizioni.

Articolo 2122.

Il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitare la sua ragione sopra tutti gl'immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire, colle modificazioni che saranno in appresso spiegate.

SOMMARIO.

633. L'ipoteca tacita Romana era o generale o speciale. L'ipoteca legale stabilita dall'articolo 2121 è generale. Quali beni cadono sotto l'ipoteca legale.
634. Quando il debitore, i cui beni sono colpiti da una ipoteca legale, fa un contratto di permuta, quali sono gli effetti di questo contratto relativamente al gius d'ipoteca spettante al creditore.
635. Se il patrimonio di un debitore sarà gravato da più ipoteche legali di diversa data, con qual regola dovrà misurarsi il loro grado rispetto ai beni posteriormente acquistati dallo stesso debitore.
636. La disposizione dell'articolo 2122 va soggetta ad alcune modificazioni.
637. Il Codice delle Due Sicilie ripete gli articoli 2121 e 2122 del Codice Napoleone.
638. Il Codice di Parma accorda ad alcuni crediti una ipoteca legale generale, ad altri una ipoteca legale speciale.

633. Per Gius Romano l' ipoteca o era generale o speciale, e una tale distinzione avea luogo tanto nell' ipoteca convenzionale, quanto nella tacita o legale ed anche nel pegno Pretorio (1). La L. 1, C. *In quib. caus. pignus,* ci fornisce un esempio d' ipoteca legale generale: « Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. » Così pure era generale l' ipoteca, onde la L. 20, C. *De adminis. tut.*, gravò i beni dei tutori e curatori, non che quella accordata dalla L. un. § 1, C. *De rei uxoriæ,* alle donne maritate. Secondo la disposizione dell' articolo 2122 l' ipoteca legale è di sua natura generale, e colpisce i beni presenti e futuri del debitore, ed in ciò solo differisce dall' ipoteca legale generale romana, che questa colpiva tutti i beni del debitore mobili ed immobili (2), laddove l' ipoteca legale del Codice Napoleone è limitata ai soli beni immobili presenti e futuri, non essendo i beni mobili capaci d' ipoteca. Ma l' articolo 2122, il quale dichiara che il creditore cui compete l' ipoteca legale può esercitare la sua ragione sopra tutti gl' immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire, si riferisce evidentemente all' ipoteca legale accordata dall' antecedente articolo 2121 alle donne maritate, ai minori ed interdetti, alla Nazione, ai Comuni ed ai pubblici Stabilimenti. Imperocchè l' ipoteca legale attribuita dall' articolo 2113 ai creditori privilegiati che non conservarono nel termine stabilito il privilegio, non è generale, ma è ristretta

(1) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 2; e tit. 2, n. 27.
(2) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 6.

ai soli immobili che erano colpiti dal privilegio; e così anche l'ipoteca legale accordata dall'articolo 1017 ai legatarj, sebbene sia generale rispetto ai beni immobili dell'eredità, a questi soli però è ristretta, e non si estende ai beni immobili dell'erede, sebbene sia questi il vero debitore del legato e possa essere costretto al pagamento coll'azione personale derivante dal quasi contratto dell'adizione dell'eredità.

Alcuni Interpreti del Diritto Francese entrano in minuti dettagli sulle cose che cadono sotto l'ipoteca legale generale spettante alla moglie (1). Io non seguirò il sistema di questi Giureconsulti, e credo che basti stabilire in via di massima generale applicabile a tutte le ipoteche legali di cui fa menzione l'articolo 2121, che queste colpiscono tutti gl'immobili presenti e futuri del debitore capaci d'ipoteca. I beni che il debitore possiede *pro indiviso* con altri possono essere dati in ipoteca, come risulta dalla L. 7, § 4, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, e a suo tempo parleremo degli effetti e conseguenze di quest'ipoteca costituita dal debitore su beni da lui posseduti *pro indiviso* con altri condomini. Dunque anche l'ipoteca legale generale colpirà gl'immobili che il debitore possiede *pro indiviso* con altri comproprietarj, e il creditore cui spetta l'ipoteca legale avrà sui detti beni posseduti dal debitore *pro indiviso* gli stessi diritti che possono esercitarsi da un creditore a cui favore fu costituita sugli stessi beni posseduti *pro indiviso* una ipoteca convenzionale.

Parimenti, siccome l'articolo 2125 stabilisce che quelli che hanno sull'immobile un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati possono stipulare una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione, si deve tenere per certo che anche l'ipoteca legale generale onde sono gravati i beni del debitore si estenderà agli immobili, sui quali questi ha un diritto soggetto ad essere risolto in determinati casi, ben inteso che anche l'ipoteca legale sarà al pari della convenzionale sottoposta alla stessa rescissione. È inutile domandare, se l'ipoteca legale si estenderà altresì sui beni, sui quali il debitore ha un diritto sospeso da una condizione. Imperocchè siccome l'ipoteca che l'articolo 2125 permette sui beni, sui quali il debitore ha un diritto sospeso da una condizione, si ha come non costituita se la condizione non

(1) Persil, art. 2121, n. 10.

si verifica, e verificandosi la condizione, ha effetto dal giorno in cui fu costituita; così l'ipoteca legale, la quale colpisce non solo i beni presenti, ma anche i futuri, non può non avere il suo effetto sui beni, sui quali il debitore avea un diritto sospeso da condizione, quando una tale condizione siasi verificata.

Si disse più sopra, allorchè si tenne parola della dote, che il marito diviene padrone assoluto del fondo dotale estimato, come apertamente dichiara la L. 5, C. *De jure dotium*. Perciò tanto la moglie, quanto le altre persone, cui l' articolo 2121 accorda l'ipoteca legale generale, potranno con tutto il diritto esercitare l' azione ipotecaria sul fondo dal debitore ricevuto in dote estimata. Per la stessa ragione non solo la moglie, ma tutti quelli a cui compete l'ipoteca legale generale in forza del detto articolo 2121 eserciteranno con tutto il diritto l'azione ipotecaria sul fondo del debitore comprato in testa propria coi denari ricevuti in dote dalla moglie, e ciò perchè la L. 12, C. *De jure dot.*, dichiara che il fondo comprato dal marito con denari ricevuti in dote dalla moglie diviene proprietà assoluta dello stesso marito e non della moglie, alla quale non resta che l' azione per ricuperare la somma data in dote: « Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit. »

L'articolo 2118 dichiara suscettivo d' ipoteca l' usufrutto dei beni immobili. Dunque l'ipoteca legale stabilita coll' artic. 2121, essendo generale, colpirà anche l' usufrutto spettante al debitore su fondi altrui.

634. Il Grenier fa la questione, se nel caso che il debitore faccia una permuta di un suo fondo col fondo di un altro proprietario, il creditore cui compete l'ipoteca generale potrà esercitare l' azione ipotecaria tanto sul fondo dato, quanto su quello dal debitore ricevuto in permuta, o pure dovrà limitare l'azione ipotecaria al solo fondo ricevuto dal debitore in cambio di quello dato in permuta. Il Soutlages (1) appoggiato al principio — *Subrogatum sapit naturam subrogati* — sostiene che il fondo del debitore diviene libero nelle mani dell' altro permutante, e che l'ipoteca onde il fondo stesso era gravato si trasporta per ministero di legge nel fondo che il debitore ha ricevuto in cambio.

(1) Des hypot., pag. 101.

Il Grenier s' attiene a questa opinione, cui trova conforme ai principj del Diritto e all' equità; ma l' accetta col seguente temperamento. Se il fondo dato dal debitore, egli dice, è di un valor superiore a quello ricevuto in cambio, e la differenza del valore dei due fondi è stata pagata in denaro, in tal caso entro i limiti di questo maggior valore il terzo possessore, che ha dato al debitore in permuta il fondo di minor prezzo, sarà esposto all' azione ipotecaria, non potendo rispetto alla differenza del valore dei due fondi pagata in denari invocarsi il principio — *Subrogatum sapit naturam subrogati* — (1). Il Troplong (2) censura la opinione del Grenier suggerita dall' equità anzichè dai principj del Diritto, e non esita a dichiarare, appoggiato anche all' autorità del Domat e a una Decisione della Corte di Cassazione del 9 novembre 1815, che il creditore, il quale ha l' ipoteca generale, ha diritto d' ipoteca e quindi l' azione ipotecaria tanto sul nuovo fondo ricevuto in permuta dal debitore, quanto sul fondo già gravato dall' ipoteca e dallo stesso debitore ceduto in permuta all' altro contraente. Il Persil parlando dell' ipoteca legale delle donne maritate tocca il punto di cui ora discorriamo, e si esprime nei seguenti termini: « Le principe que l'hypothèque légale s'étend sur tous les biens du mari, s'interprète d'une manière si favorable à la femme, que l'on juge que lorsque le mari a échangé un de ses immeubles contre un autre, l'hypothèque frappe tout à la fois l'immeuble dont le mari s'est dépouillé et celui qu'il a reçu (3). »

Io non credo che la massima, a cui accenna il Persil, sia stata adottata per favorire le donne, ma penso che i rigorosi principj del Diritto costringano il Giureconsulto a seguire, senza alcun riguardo all' equità, la opinione professata dal Troplong. E in fatti, se il debitore, i cui beni sono gravati da una ipoteca legale, vende alcuno dei suoi fondi, è fuori di dubbio che il creditore conserva la sua ipoteca sul fondo venduto ed ha diritto di agire con azione ipotecaria contro il terzo possessore, perchè *cum sua causa fundus transeat,* come dice la L. 18, § 2, D. *De pignorat. actione.* Cosa fa il debitore che vende il suo fondo? Aliena una proprietà che gli appartiene e la trasferisce in un

(1) Tom. 1, n. 206.
(2) Art. 2122, n. 434 bis.
(3) Art. 2121, n. 12.

altro a fronte di un correspettivo fissato in denaro. E il debitore che dà ad un altro il proprio fondo a titolo di permuta, aliena esso pure la sua proprietà e la trasferisce nell' altro permutante a fronte di un altro fondo che sta in luogo di prezzo. Quanto al debitore che aliena la sua proprietà, gli effetti della alienazione sono gli stessi, o sia fatta a titolo di vendita, o di permuta. Ciò è sì vero che gli antichi giureconsulti Sabino e Cassio e la loro scuola non ammettevano distinzione tra la vendita e la permuta, non ostante la diversità della cosa che nell' un contratto e nell' altro costituisce il correspettivo (1). E se il creditore che ha l' ipoteca legale conserva integro il suo diritto reale sul fondo venduto dal debitore, non può non conservarlo altresì sul fondo dal debitore alienato a titolo di permuta, perchè la diversità del correspettivo, per cui è fatta l'alienazione, fissato nel primo caso in denaro, e nel secondo in un altro fondo, non può impedire che i diritti reali radicati sulla cosa alienata l' accompagnino e la seguano nelle mani del terzo possessore. Se l' ipoteca gravitante sul fondo dal debitore alienato a titolo di permuta è speciale, allora anche il Grenier conviene che una tale ipoteca dura sul fondo non ostante l' alienazione: « Mais tout ce qui vient d'être dit est étranger au cas de l'échange d'un immeuble qui serait soumis à une hypothèque spéciale. Alors l'hypothèque reste uniquement sur l'immeuble sur lequel elle a été constituée. La spécialité s'oppose à une idée d'extension de l'hypothèque sur tout autre immeuble en remplacement d'un autre (2). » E che? Forse l' ipoteca speciale quanto alla sostanza del diritto reale radicato sulla cosa è diversa dalla generale? L' ipoteca generale differisce dalla speciale non quanto alla natura del diritto reale, ma semplicemente quanto alla estensione, abbracciando la prima non un fondo determinato, ma tutti i beni del debitore capaci d' ipoteca. Se dunque l' ipoteca speciale dura sul fondo, sul quale fu costituita, anche dopo l' alienazione fatta dal debitore a titolo di permuta, per la stessa ragione durar deve la legale sui beni dal debitore alienati allo stesso titolo di permuta. Non si può negare questa verità senza contraddire ai principj che regolano la materia dei diritti reali, i quali accompagnano e seguono la cosa nelle mani del terzo possessore,

(1) Instit., lib. 3, tit. 24, § 2.
(2) Tom. 1, n. 206.

o sia fatta l'alienazione a titolo lucrativo o a titolo oneroso. Il titolo, per cui è fatta l'alienazione della cosa, su cui gravita un diritto reale, o sia questo un diritto d'ipoteca o di servitù, nulla rileva, perchè il diritto reale è radicato sulla cosa senza alcun riguardo al padrone della medesima, e rimane perciò incrollabile finchè dura la cosa stessa, qualunque di questa siano i possessori. Il terzo possessore, a cui dal debitore fu dato in permuta un fondo gravato d'ipoteca a favore di un creditore, è nella stessa condizione di un compratore, come dice la L. 15, D. *Quib. ex caus. in posses. eatur :* « Is, qui rem permutatam accepit, emtori similis est. » Come dunque l'ipoteca onde è colpito il fondo venduto dura a carico del compratore; per la stessa ragione durar deve a carico del terzo possessore, a cui il fondo ipotecato fu dato dal debitore a titolo di permuta, sia che trattisi d'ipoteca legale, o d'ipoteca convenzionale, o d'ipoteca giudiziale. Ma se ciò è certo, e non può mettersi in dubbio dal Grenier a meno che non voglia ribellarsi ai principj del Diritto che determinano e regolano la natura e gli effetti dei diritti reali, è certo d'altra parte che l'ipoteca legale del creditore deve estendersi, senza pregiudizio del diritto radicato sul fondo dal debitore alienato a titolo di permuta, sul nuovo fondo dallo stesso debitore ricevuto in cambio del fondo ceduto. E perchè ciò? Per la ragione semplicissima che l'ipoteca legale stabilita dall'articolo 2121 è generale e colpisce i beni tutti che per qualsiasi causa e titolo si acquistano dal debitore. Se il debitore, i cui beni sono gravati d'una ipoteca legale, vende un fondo, la condizione del creditore ipotecario non cambia, perchè sul prezzo ricavato dalla vendita non può radicarsi alcuna ipoteca, essendo i denari, come cosa mobile, d'ipoteca incapaci. Supponiamo che il debitore col prezzo del fondo venduto compri un altro fondo, certo è, che il creditore avente l'ipoteca legale, senza perdere il suo gius d'ipoteca sul fondo venduto dal debitore, estenderà la sua ipoteca su questo nuovo fondo acquistato coi denari della fatta vendita; e ciò in conseguenza della generalità della sua ipoteca che colpisce *ipso jure* qualunque fondo dal debitore acquistato per qualsiasi titolo e causa. Ciò che dicesi del caso di una compra di un nuovo fondo fatta dal debitore col prezzo ricavato dalla vendita del suo fondo, devesi ripetere del caso in cui il venditore rimasto creditore del prezzo della vendita riceve *in solutum* dal

compratore un altro fondo in piena soddisfazione del suo credito. Imperocchè la dazione *in solutum* viene dalla L. 15, D. *Quib. ex caus. in pos. eat.*, agguagliata ne' suoi effetti al contratto di compra e vendita. Ecco dunque come in questi due casi il creditore avente ipoteca legale estende sul nuovo fondo dal debitore acquistato col prezzo della fatta vendita gli stessi diritti che ha e che conserva sul fondo alienato. Per la stessa ragione il creditore che ha l'ipoteca legale estende altresì la sua ipoteca sul fondo che il debitore ha ricevuto in cambio del fondo dato, appunto perchè l'ipoteca legale senza alcun riguardo ai titoli, onde il dominio viene trasferito, colpisce *ipso jure* tutti i fondi che di mano a mano si aggiungono al patrimonio del debitore. Insomma l'ipoteca legale riman ferma sul fondo alienato a titolo di permuta dal debitore, perchè l'alienazione non può mai aver forza di rompere e sciogliere il vincolo reale dell'ipoteca radicato sul fondo alienato; e d'altra parte si estende al nuovo fondo acquistato dal debitore in cambio del fondo dato in permuta, perchè l'ipoteca legale, che è generale sui beni presenti e futuri, colpisce *ipso jure* i fondi che il debitore successivamente acquista, qualunque sia la causa e il titolo onde in lui fu trasferito il dominio. I principj del Diritto si oppongono assolutamente all'opinione del Grenier giustamente contradetta e confutata dal Troplong. Nè vale il dire che quando si ammetta la opinione ch'io seguo, il creditore acquista una ipoteca doppia di quella che prima aveva. Imperocchè un tale risultato non offende in alcuna maniera nè la giustizia nè la equità, essendo una conseguenza diretta e inevitabile derivante dalla natura delle ipoteche legali, le quali per essere generali si estendono indefinitamente a tutti i beni onde si accresce il patrimonio del debitore.

635. Ora dobbiamo occuparci di una importantissima questione. Secondo l'articolo 2122 il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitare il suo diritto sopra tutti gl'immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire. Se il patrimonio di un debitore sarà gravato da più ipoteche legali di diversa data, con qual regola dovrà misurarsi il loro grado rispetto ai beni posteriormente acquistati dal debitore? Supponiamo il seguente caso. Tizio nel 1 marzo 1830 si unisce in matrimonio con Giulia che gli dà in dote mille scudi. Nel 3 dicembre 1832 allo stesso Tizio viene affidata la tutela del minore

Antonio. Ecco che sul patrimonio di Tizio gravitano due ipoteche legali, l'una in favore della moglie del 1 marzo 1830, l'altra in favore del minore Antonio del 3 dicembre 1832, amendue dispensate dall'obbligo della inscrizione. Nel gennaio 1833 Tizio compra da Sempronio il fondo A, il quale rimane colpito dalle due dette ipoteche generali. Ora su questo fondo A, di cui il debitore è divenuto proprietario dopo che il suo patrimonio era rimasto gravato dalle dette ipoteche generali, la moglie ed il minore Antonio concorreranno per contributo nello stesso grado, oppure alla prima dovrà assegnarsi un grado anteriore dal 1 marzo 1830, e al secondo un grado posteriore dal 3 dicembre 1832? Il Pothier fa questa stessa questione parlando delle ipoteche generali convenzionali, che prima del Codice Napoleone ferivano tutti i beni presenti e futuri del debitore; e supposto il caso di tre creditori, a cui fu costituita in tre differenti epoche l'ipoteca generale, dice che a rigore di principj dovrebbero tutti essere collocati nello stesso grado per essere pagati per contributo sul prezzo dei beni acquistati dal debitore posteriormente alla data delle costituite ipoteche, ma che la Giurisprudenza Francese adottò la massima contraria assegnando a ciascun creditore un grado diverso dalla data rispettiva dei crediti. Giova in una questione di tanta importanza riportare le stesse parole del Pothier: « Il semblerait qu'ils (cioè i tre diversi creditori aventi ipoteca generale costituita in tre differenti epoche) devraient venir par concurrence; car ces trois différents créanciers ont acquis tous les trois leur hypothèque sur cet héritage dans le même instant, savoir, lors de l'acquisition qui en a été faite, n'ayant pu l'acquérir plus tôt: *concurrunt tempore*, et par conséquent ils paraissent avoir un droit égal; et il semble que les Jurisconsultes Romains le pensaient ainsi: argument de la L. 28, D. *De jure Fisci*. Nonobstant ces raisons, la Jurisprudence est constante parmi nous, que ces créanciers ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre des dates de leurs contrats (1). » Il Pothier pensa adunque che secondo l'opinione dei Giureconsulti Romani dovrebbesi ammettere il contributo, e che la massima adottata dalla Giurisprudenza Francese era opposta a quella della Romana Giurisprudenza. Egli giustifica la massima della Giurisprudenza Francese colle seguenti parole: « La raison est que le débiteur, en con-

(1) Traité des hypot., chap. 1, sect. 11, § 2.

tractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préféré au second, et le second au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir, que sur ce qui resterait après la créance du premier acquittée. » Se applichiamo al caso che ho qui sopra proposto la massima stabilita da questa Giurisprudenza, a cui fa plauso il Pothier, la moglie di Tizio dovrebbesi anche sul fondo A collocare nel primo grado preferibilmente al minore Antonio. Nelle graduatorie giudiziali proferite dai Tribunali francesi una tale giurisprudenza è costantemente seguita, e così le ipoteche generali vengono graduate secondo l'ordine di data senza alcun riguardo al tempo in cui il debitore acquistò gl'immobili che compongono il suo patrimonio. Ma il Duranton (1) alza la voce contro questa pratica e questa giurisprudenza, e non dubita di chiamarla erronea e contraria ai principj della scienza. Egli vuole che sui beni dal debitore acquistati dopo che il suo patrimonio era già gravato da più ipoteche generali, tutti questi creditori aventi l'ipoteca generale abbiano lo stesso grado e siano pagati per contributo, e si meraviglia che il Pothier abbia insegnata una massima contraria. Egli appoggia la sua opinione alle Leggi Romane, e ragiona in questi termini: « La L. 7, § 1, D. *Qui potior.*, est formellement contraire à cet usage, de classer les hypothèques générales selon la date de leur naissance, aussi bien sur les immeubles futurs que sur les immeubles actuels. Le jurisconsulte Ulpien dans cette loi suppose que je vous ai hypothéqué les biens que je pourrai acquérir dans la suite; que j'ai, en outre, hypothéqué spécialement à Titius un certain fonds que je me proposais d'acquérir, mais que je l'ai hypothéqué sous cette condition: *si j'en deviens propriétaire;* qu'ensuite j'ai acquis ce fonds; et il dit que Marcellus, dont il adopte le sentiment, pensait que les deux créanciers devaient venir par concurrence sur le prix de ce même fonds. » La L. 7, § 1, D. *Qui potior.*, citata dal Duranton, porta il seguente caso: « Si tibi, *quæ habiturus sum*, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si *in do-*

(1) N. 325.

minium meum pervenerit: mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. » Il Duranton si appoggia anche alla L. 28, D. *De jure Fisci*, così concepita: « Si qui mihi obligaverit *quæ habet, habiturusque esset*, cum Fisco contraxerit: sciendum est in re postea adquisita Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est: prævenit enim causam pignoris Fiscus. » Nel caso contemplato da questa Legge, dice il Duranton, il Fisco per un privilegio a lui concesso è preferito al primo creditore sul prezzo della cosa dal debitore acquistata dopo i contratti debiti. Dunque se al Fisco si sostituisce un creditore ordinario, questo creditore non sarà preferito al primo, ma verrà pagato nello stesso grado. Dalle citate Leggi crede il Duranton poter dedurre che i Giureconsulti Romani nel caso di più ipoteche generali di diverse date gravitanti sui beni presenti e futuri ammettessero il contributo sui beni acquistati dal debitore posteriormente alle costituite ipoteche: « Il faut donc reconnaître que les Jurisconsultes Romains dans le cas de diverses hypothèques créées successivement, et frappant sur les biens à venir, admettaient le concours sur ces biens. »

Anche il Persil (1) tratta questa questione, e sostiene esso pure che il creditore più antico deve essere messo nello stesso grado del creditore secondo rispetto ai beni dal debitore acquistati posteriormente alle costituite ipoteche, e ciò per la ragione seguente: « Son ancienneté ne peut pas lui servir, puisqu'à l'égard du nouvel immeuble son hypothèque n'est pas née avant celle du second, mais que l'immeuble s'est trouvé grevé au même instant de l'hypothèque acquise à l'un et à l'autre. » Il Persil trova un appoggio alla sua opinione nella stessa L. 7, § 1, D. *Qui potior.*, qui sopra citata, e dopo averne riportate le parole così conclude: « Nous adoptons sans balancer la décision de la loi romaine. Elle nous paraît d'autant plus conforme tout à la fois à la raison et aux principes du Droit, que nous n'apercevons pas ce qu'on pourrait lui opposer de raisonnable. »

Io non posso soscrivermi all'opinione del Duranton e del Persil, e m'attengo alla massima contraria difesa dal Pothier. Se non che il Pothier, il quale fa plauso alla Giurisprudenza introdotta in Francia su questo punto, dichiara che una tale Giuris-

(1) Art. 2121, n. 7.

prudenza non era conforme all'opinione degli antichi Romani Giureconsulti. Io al contrario penso che alla massima sostenuta dal Pothier non si oppongono le Leggi Romane citate dal Duranton e dal Persil, e che in esse non possono questi Giureconsulti trovare alcun appoggio per difendere la teoria del contributo. E vaglia il vero. Per Gius Romano l'ipoteca generale sui beni presenti e futuri è permessa, e con tale concessione la legge deroga al principio che il debitore non può ipotecare i beni che non gli appartengono. Questo principio è solo osservato con rigore nel caso d'ipoteche speciali, e perciò Gajo nella L. 15, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, insegna che il creditore che agisce coll'azione ipotecaria è tenuto a provare che la cosa ipotecata era *in bonis* del debitore al momento della costituzione dell'ipoteca quando si tratta d'ipoteche speciali, e che a questa prova non è tenuto quando è il caso di una ipoteca generale, come quella che colpisce anche i beni futuri che non appartenevano al debitore al momento della costituzione dell'ipoteca. Al principio che il debitore non può ipotecare i beni che non gli appartengono le Leggi Romane derogano anche nel caso d'ipoteche speciali, quando il fondo viene dato in ipoteca sotto l'espressa condizione che il debitore ne divenga proprietario. Ciò risulta chiaramente dalla già citata L. 7, § 1, D. *Qui potior.*, a cui si appoggiano il Duranton ed il Persil, nella quale si suppone il concorso di una ipoteca generale e di una speciale costituita dal debitore su un fondo, che non gli apparteneva, sotto la condizione *si in dominium meum pervenerit.* Questa Legge dà all'ipoteca speciale costituita dal debitore su un fondo sotto la condizione *si in dominium meum pervenerit*, la stessa forza ed efficacia che ha l'ipoteca generale costituita sui beni futuri. La ragione di ciò si è che l'ipoteca generale rispetto ai beni futuri importa la tacita condizione che questi pervengano nel dominio del debitore, e si risolve perciò in una ipoteca costituita sotto la tacita condizione: se i beni futuri cadranno nel dominio dell'ipotecante. Considerate sotto questo punto di vista le due ipoteche, di cui fa parola la citata L. 7, § 1, D. *Qui pot.*, l'una generale e l'altra speciale, la prima costituita colla tacita condizione: se i beni futuri cadranno nel dominio del debitore; e la seconda colla condizione espressa: se del fondo dato in ipoteca il debitore acquisterà il dominio; è facile trovare la ragione, per cui queste due ipoteche vengono col-

locate nello stesso grado rispetto al fondo acquistato dal debitore dopo la loro costituzione. Il Duranton e il Persil dicono che appunto sono collocate nello stesso grado, perchè amendue si radicano nello stesso momento sul fondo, nel momento cioè in cui il fondo stesso cade nel dominio del debitore. Io non credo che sia questa la ragione, ed io ardisco dire che il Duranton ed il Persil non hanno bene interpretata la detta Legge. Essi misurano il grado delle dette due ipoteche dal giorno in cui il debitore acquistò il dominio del fondo; laddove il grado deve misurarsi non dal giorno in cui il fondo cade nel dominio del debitore, ma sì bene dalla data della costituzione delle due dette ipoteche, ossia dal giorno della loro origine; e ciò perchè gli effetti delle convenzioni stipulate sotto condizione espressa o tacita si retrotraggono, verificandosi la condizione, al giorno delle stesse convenzioni. Il Duranton e il Persil non hanno posto mente alla natura condizionale di dette due ipoteche, di cui fa menzione la Legge da essi invocata, e al principio che delle convenzioni condizionali regola gli effetti, i quali si retrotraggono sempre al giorno della convenzione. Essi attribuiscono il grado ai due creditori dal giorno in cui il fondo è caduto nel dominio del debitore, mentre il giorno in cui il debitore diviene il padrone del fondo è il punto dell'adempimento della condizione, e un tale adempimento fa sì che gli effetti delle due ipoteche, nell'una delle quali la condizione è tacita, e nell'altra è espressa, si retrotraggono al giorno della stipulazione. Quando il grado delle dette ipoteche dovesse misurarsi, come suppongono il Duranton ed il Persil, dal giorno in cui il debitore acquistò il dominio del fondo di cui parla la detta Legge, non sarebbe più vera la regola che nelle convenzioni condizionali gli effetti si retrotraggono, verificata la condizione, al giorno in cui le convenzioni stesse furono stipulate. Posto dunque che il grado non deve misurarsi dal giorno in cui il debitore divenne padrone del fondo, ma dal giorno della costituzione rispettiva delle ipoteche, è forza il concludere che nella citata L. 7, § 1, si dà appunto lo stesso grado ai due creditori, perchè nello stesso momento furono costituite le due ipoteche. Il Duranton non vuol concedere che le due ipoteche nel caso contemplato dalla detta Legge fossero state costituite nello stesso tempo, e contro gl' Interpreti che spiegano la Legge in modo diverso da lui risponde con queste parole:

« Il est bien vrai que plusieurs Interprètes ont dit que, dans l'espèce de cette loi, les deux hypothèques avaient été consenties en même temps; mais rien dans le texte n'indique cette circonstance, qui serait assez extraordinaire, car l'intervalle d'un quart d'heure, et moins encore, entre les deux conventions, détruirait ce concours de temps: c'est donc une supposition divinatoire, par conséquent tout-à-fait arbitraire, et que nous n'avons jamais pu admettre. » Io credo al contrario che sia una supposizione arbitraria quella del Duranton, il quale vuole per forza che le due ipoteche sieno state costituite in tempi diversi, mentre da nessuna espressione del testo si può argomentare la pretesa diversità di tempo nella costituzione delle due ipoteche. Ed io francamente, non ostante l'opinione contraria dei lodati Giureconsulti, oso dire che quando le due ipoteche, di cui fa parola la detta Legge, fossero state costituite in tempi diversi, Ulpiano non avrebbe potuto accordar loro lo stesso grado. Imperocchè dovendosi, coerentemente al principio che gli effetti delle convenzioni condizionali si retrotraggono al giorno della stipulazione, dovendosi, dissi, misurare il grado delle dette due ipoteche non dal giorno in cui il fondo venne nel dominio del debitore, ma da quello delle respettive convenzioni; quando queste fossero state fatte in tempi diversi, necessariamente alla più antica avrebbe Ulpiano dovuto accordare un grado anteriore all'altra, per non mancare al principio stabilito nella L. 2, D. *Qui potiores:* « Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur. » L'uguaglianza del grado accordato da Ulpiano induce non la probabilità, ma l'assoluta certezza che le due ipoteche furono nello stesso tempo costituite. Alla spiegazione da me data della citata L. 7, § 1, D. *Qui pot.,* mette il suggello l'autorità del Brunnemanno, il quale nel commentarla dice appunto che gli effetti dell'ipoteca generale sui beni che il debitore ha acquistati dopo la costituzione della stessa ipoteca si retrotraggono al giorno della convenzione: « Ex hoc textu probare vult Bach. si duobus bona generaliter obligata, in bonis post utrumque contractum quæsitis, ambos concurrere. Licet DD. dissentiant, quia conditio tacita, quæ bonorum futurorum obligationi inest, purificata retrotrahitur ad tempus primæ conventionis, quæ sententia simpliciter, et procul dubio in praxi sequenda. » Le quali parole confermano

le due verità che ho qui sopra accennato, cioè 1° che la ipoteca generale è condizionale rispetto ai beni futuri, sebbene la condizione non sia espressa, ma tacita; 2° che quando il debitore acquista beni dopo la costituzione dell'ipoteca generale, si verifica allora la tacita condizione, e gli effetti dell'ipoteca e quindi il grado della medesima si misurano dalla data della convenzione. Invano adunque il Duranton e il Persil credono di trovare appoggio nella citata L. 7, § 1, D. *Qui pot.*, la quale, come risulta chiaramente dalle cose dette e dalle non dubbie parole della medesima Legge e dalla ragione onde è dettata, accorda lo stesso grado all'ipoteca generale e alla speciale sul fondo acquistato posteriormente dal debitore, perchè l'una e l'altra furono nello stesso tempo costituite.

Vediamo se meglio può giovare al Duranton la L. 28, D. *De jure Fisci,* a cui egli ricorre per dare maggiore appoggio alla sua opinione. Questa Legge suppone che un debitore abbia dato in ipoteca ad un suo creditore i beni presenti e futuri, e che posteriormente questo stesso debitore abbia contratto un debito col Fisco; e decide che sui beni dal debitore acquistati dopo i detti due debiti ipotecarj, il Fisco avrà diritto di esser preferito. Questa Legge non ha altro scopo che di stabilire un privilegio in favore del Fisco, e non so, a dir vero, quale appoggio possa dare alla massima sostenuta dal Duranton. E il privilegio accordato al Fisco è tanto più forte, in quanto che la Legge stessa suppone che la ipoteca generale costituita in favore dell'altro creditore fosse anteriore al credito del Fisco. Ma il Duranton dice: Mettete in luogo del Fisco, a cui viene accordato un privilegio non concesso agli altri, un privato creditore, e allora i due creditori verranno collocati nello stesso grado per contributo sui beni acquistati dal debitore dopo la costituzione delle due ipoteche: « Faites disparaître le Fisc; mettez à sa place un autre particulier; celui-ci n'aura sans doute pas la préférence sur le premier créancier, quant aux biens acquis depuis la constitution de la seconde hypothèque, mais il viendra du moins avec lui par concurrence d'hypothèque sur ces nouveaux biens (1). » Io sono contentissimo di fare la sostituzione desiderata dal Duranton; ma allora sui beni posteriormente acquistati dal debitore il primo sarà preferito al secondo inevitabilmente. E infatti il Fisco nel

(1) N. 325.

caso supposto dalla Legge è creditore posteriore all' altro a cui il debitore avea obbligato *quæ habet, habiturusque esset;* e ciò non ostante il Fisco è preferito sui beni acquistati posteriormente dal debitore in grazia di un privilegio che vince l'ipoteca comecchè anteriore di tempo: *prævenit enim causam pignoris Fiscus.* Se dunque al Fisco sostituiremo un creditore non privilegiato, allora l'ipoteca generale del primo creditore avrà il grado dalla data della sua costituzione, e così il primo creditore sarà preferito al secondo avente ipoteca semplice non privilegiata, e ciò giusta la regola generale: — *Qui prior est tempore, potior est jure.* — Anche nella spiegazione da me data alla presente L. 28, D. *De jure Fisci,* sta per me l'autorità del Brunnemanno, il quale commentando la stessa Legge così si esprime: « Quamvis in privatis habens hypothecam generalem priorem præferatur posteriori creditori, non tantum in bonis jam debitori quæsitis, sed etiam in postea quærendis, speciale tamen est in Fisco, ut licet Fiscus sit creditor posterior, in quæsitis tamen post hunc contractum Fiscus præferatur priori creditori. » Il Brunnemanno colle parole ora citate non solo favorisce la mia opinione, ma ammette anzi come principio incontrastabile che il creditore avente ipoteca generale anteriore è preferito al creditore posteriore non solo sul prezzo dei beni che erano nel dominio del debitore all' epoca della costituita ipoteca, ma altresì sui beni posteriormente da lui acquistati. Se dunque al Fisco sostituiremo un creditore ordinario non avente il privilegio accordato al Fisco, la conseguenza immediata che dovremo dedurre dalla detta Legge sarà che il creditore anteriore sarà preferito al posteriore anche sui beni acquistati dal debitore dopo le costituite ipoteche. Credo dunque di poter dire francamente, appoggiato anche all' autorità del Brunnemanno, che il Duranton male si è apposto quando ha detto: « que les Jurisconsultes Romains, dans le cas de diverses hypothèques créées successivement, et frappant sur les biens à venir, admettaient le concours sur ces biens. »

Ora che abbiamo risposto agli argomenti che il Duranton e il Persil credono poter trarre a sostegno della loro opinione dalle Leggi Romane, fermiamoci a considerare lo stesso punto di questione in ordine alle disposizioni del Codice Napoleone. L'articolo 2122 dichiara che il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitare la sua ragione sopra tutti gl'immobili spettanti

al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire. Uguale estensione viene data dall' articolo 2123 all' ipoteca giudiziale. Al contrario l'ipoteca sui beni futuri è interdetta dall' articolo 2129 quando si tratta d' ipoteca convenzionale, e l' articolo 2130 accorda semplicemente al debitore, in difetto di beni presenti, la facoltà di acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire resti ipotecato *a misura de' suoi acquisti.* L'ipoteca dunque legale ed anche la giudiziale rispetto ai beni futuri sono ipoteche condizionali, le quali, verificandosi la condizione, hanno il pieno loro effetto dal giorno in cui furono costituite. L'ipoteca convenzionale al contrario permessa sui beni futuri, per volontà espressa del legislatore, ha effetto il giorno in cui i beni cadono nel dominio del debitore. Quale è la conseguenza che deriva dalle citate disposizioni? La conseguenza è che nel primo caso l' ipoteca dovrà misurarsid a l giorno in cui ebbe vita, cioè dal giorno in cui venne costituita, e nel secondo invece dal giorno in cui i beni sono realmente rimasti ipotecati, ossia dal giorno in cui il debitore ne è diventato padrone. Quando si tratta d' ipoteca legale o giudiziale, il creditore ha una ipoteca condizionale sui beni futuri, e verificandosi la condizione si fa luogo all' applicazione dell' articolo 1179, secondo il quale la condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l' obbligazione. La disposizione di quest' articolo 1179 non è applicabile al caso d'ipoteca convenzionale permessa sui beni futuri, perchè l'articolo 2130 dichiara espressamente che i beni futuri restano ipotecati a misura degli acquisti. Il semplice confronto adunque dell' articolo 2122 coll' articolo 2130 prova luminosamente che le ipoteche legali dell' articolo 2121 si devono misurare quanto al grado dal giorno in cui vennero costituite anche rispetto ai beni futuri senza alcun riguardo al giorno in cui il debitore acquistò i beni. Che se per la ragione detta le ipoteche legali dell' articolo 2121, verificandosi la tacita condizione dell' acquisto dei beni, hanno effetto dal dì in cui vennero costituite, non a misura degli acquisti fatti dal debitore, è chiaro che trovandosi in concorso due ipoteche legali sui beni dal debitore acquistati posteriormente alla loro origine, si misureranno quanto al grado dalla rispettiva data, o dalla data della rispettiva inscrizione secondo che saranno o no dispensate dall' obbligo della inscrizione. Il Duranton, recati i motivi e gli ar-

gomenti che sul punto di cui si discorre lo fanno della sua opinione certissimo, conclude: « Ces motifs nous portent donc à penser que c'est abusivement et contrairement aux vrais principes de la matière, que dans la pratique on classe indistinctement les hypothèques générales selon l'ordre de leur naissance: il devrait y avoir au contraire concurrence entre les divers créanciers sur les biens acquis au débiteur depuis que la dernière hypothèque est venue à exister. » Io appoggiato alle ragioni che ho qui brevemente esposte credo al contrario, che la pratica biasimata dal Duranton lungi di essere un abuso ed un errore sia pienamente conforme ai principj tanto della Giurisprudenza Romana, quanto del Codice Napoleone, e tengo che sarà religiosamente mantenuta in osservanza finchè dai Tribunali saranno nelle graduatorie fissati i gradi dei creditori colla scorta dei veri principj che regolano la materia delle ipoteche. Se prevalesse l'opinione del Duranton, alla stessa ipoteca generale dovrebbero assegnarsi diversi gradi, l' uno dalla data della sua origine o della inscrizione rispetto ai beni che erano già nel dominio del debitore, e gli altri gradi dai giorni in cui il debitore acquistò di mano in mano nuovi beni che aumentarono il suo patrimonio. E nel caso di più ipoteche generali inscritte in varie epoche, le inscrizioni diverse misurerebbero i rispettivi gradi rispetto ai beni anteriormente posseduti dal debitore; e rispetto ai beni acquistati dopo, non potrebbero servire a misurare il grado, dovendo tutti i creditori essere messi nello stesso grado dal dì dei nuovi acquisti fatti dal debitore, senza alcun riguardo al giorno delle rispettive inscrizioni. Questo risultato, che sarebbe una inevitabile conseguenza della massima sostenuta dal Duranton, sarebbe in manifesta contradizione colla disposizione dell' articolo **2148**, secondo il quale una sola inscrizione per le ipoteche legali o giudiziali assoggetta tutti gl'immobili compresi nel Circondario dell'Uffizio, e colla disposizione dell'articolo **2134**, giusta il quale il grado dei creditori ipotecarj, la cui ipoteca non è dispensata dalla pubblicità, si misura dal giorno della inscrizione. Concludiamo adunque che nel caso di più ipoteche legali di diversa data a carico dello stesso debitore, siano o no dispensate dalla inscrizione, ciascuna dovrà essere graduata secondo l' ordine di data o secondo l' ordine della inscrizione rispettiva, non solo rispetto ai beni che il debitore anteriormente possedeva, ma al-

tresì rispetto ai beni qualunque da lui acquistati dopo; e che il concorso nello stesso grado non può mai aver luogo che tra i creditori aventi una ipoteca legale della stessa data o inscritta nello stesso giorno, sia che si tratti di beni posseduti dal debitore anteriormeute all'ipoteca, sia che si tratti di beni acquistati dopo.

636. L'articolo 2122 dichiara che il creditore, cui compete l'ipoteca legale, può esercitare la sua ragione sopra tutti gl'immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire *colle modificazioni che saranno in appresso spiegate.* Le modificazioni, a cui accenna il citato articolo 2122, sono quelle che risultano dagli articoli 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, e 2161, i quali accordano in casi determinati la restrizione e riduzione delle ipoteche legali (1).

637. Gli articoli 2007 e 2008 del Codice delle Due Sicilie sono la ripetizione pura e semplice degli articoli 2121 e 2122 del Codice Napoleone.

638. Abbiamo detto ché l'articolo 2121 del Codice Napoleone non indica tutte le ipoteche legali, perchè, oltre quelle di cui fa menzione il detto articolo, hanno una ipoteca legale i legatarj sugli immobili della eredità, ed hanno pure una legale ipoteca i creditori privilegiati sopra gl'immobili, i quali non conservarono nel modo e tempo fissato dalla legge il loro privilegio. Si disse pure che la disposizione dell'articolo 2122, il quale dichiara, che il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitare la sua ragione sopra tutti gl'immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire, non è applicabile a tutte le ipoteche legali, perchè l'ipoteca legale spettante ai creditori privilegiati che non conservarono il privilegio è speciale sui fondi sui quali il creditore esercitar poteva il suo privilegio, e l'ipoteca legale dei legatarj è ristretta agli immobili della eredità. I Compilatori del Codice di Parma furono più esatti dichiarando nell'articolo 2171 che la legge accorda l'ipoteca o *generale* sopra tutti gli stabili sì presenti che futuri, o *speciale* sopra certi stabili. L'ipoteca generale viene nell'articolo 2172 accordata alle donne maritate sopra i beni de'loro mariti per le doti, pe'lucri nuziali, e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali; alle persone soggette a tutela sopra i beni de'loro tutori per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione; allo Stato, agli Sta-

(1) Persil, art. 2122. Duranton, n. 324.

bilimenti pubblici, ai Comuni sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto pe' debiti derivanti dall'esercizio del loro impiego. L'ipoteca speciale è accordata ai creditori del defunto e ai legatarj sopra i beni della successione; ai coeredi o condividenti sopra gli stabili della eredità; al venditore sopra lo stabile venduto; a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto dello stabile; agli architetti, impresarj, muratori, ed altri operaj sopra lo stabile fabbricato, ricostrutto, o riparato, e a quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj. E queste ipoteche legali e speciali, come dichiara lo stesso articolo 2176, sono accordate ne' casi di cui parla l'articolo 2157, il quale articolo 2157 dispone appunto che tutti i creditori privilegiati sopra gli stabili, i quali non abbiano notificato il loro privilegio entro i termini prescritti, non lasciano d'avere legale ipoteca tanto fra loro, quanto in ordine ai terzi, da misurarsi però soltanto dal tempo della notificazione. Dichiara però il detto articolo 2157 nell'ultima parte che i creditori del defunto acquistano bensì la legale ipoteca dal tempo della notificazione in ordine ai terzi, ma che fra di essi concorrono a termine di ragione. Con questa dichiarazione il Codice di Parma ha voluto saviamente dare all'ipoteca legale dei creditori del defunto i soli effetti che derivano dal privilegio della separazione dei patrimonj quanto alle persone in concorso delle quali può esercitarsi. Infatti l'articolo 2155 dispone che i creditori e legatarj, che dimandano la separazione del patrimonio del defunto conservano *per riguardo ai creditori degli eredi* il loro privilegio sopra gli stabili della eredità per mezzo della notificazione fatta entro quaranta giorni dall'aperta successione. Era dunque giusto che anche l'ipoteca legale accordata ai creditori del defunto ed ai legatarj in sostituzione del non conservato privilegio fosse esercibile soltanto in concorso dei creditori degli eredi. L'ultima parte pertanto del citato articolo 2157, nella quale è dichiarato che i creditori del defunto acquistano la legale ipoteca in ordine ai terzi, ma che fra di essi concorrono a termine di ragione, trova la sua spiegazione nell'articolo 2155, secondo il quale i creditori o legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto conservano per mezzo della notificazione fatta nel tempo prescritto il loro privilegio *per riguardo ai creditori degli eredi.*

L'articolo 2121 del Codice Napoleone accordando l'ipoteca

legale ai diritti e crediti in genere delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti ha lasciato luogo a non poche questioni sulla estensione da darsi a tale ipoteca. Con migliore consiglio il Codice di Parma determinò nell'articolo 2172 i titoli e crediti pei quali alla moglie è concessa l'ipoteca legale, dichiarando che alle donne maritate è accordata dalla legge l'ipoteca generale sopra i beni de' loro mariti *per le doti*, *pe' lucri nuziali, e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali.* Nè il Codice di Parma fu contento soltanto di specificare i titoli e crediti, pei quali alle donne maritate è accordata l'ipoteca legale; ma dichiarò altresì nell'articolo 2173, che l'ipoteca non si concede alla moglie *per le convenzioni matrimoniali*, se non quando le medesime convenzioni siano fatte per atto notarile prima del matrimonio; e nell' articolo 2174 parimente, che la moglie non ha ipoteca *per la dote e pe' lucri nuziali,* se non quando la dote sia stata costituita per atto notarile prima del matrimonio. Giustiniano colla L. un. C. *De rei ux.,* § 1, accorda l'ipoteca legale alle donne a garanzia della dote, quand'anche questa non risulti da alcun documento: « Et nemo putet, nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quæ in instrumentis receptæ sunt: nihil enim prohibet, et si sine scriptis dos vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur, simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta. » Il Codice di Parma temendo il pericolo delle frodi in danno dei terzi non imitò l'esempio di Giustiniano, e con ottimo consiglio volle che i crediti delle donne maritate garentiti dall' ipoteca legale risultassero da un atto notarile fatto prima del matrimonio.

639. Il Codice di Sardegna accorda nell'articolo 2169 un'ipoteca legale alle Comunità, Corporazioni, e Stabilimenti pubblici sui beni de' loro tesorieri, percettori ed altri amministratori tenuti a render conto per maneggio di danaro, o per qualunque altra contabilità materiale, la quale ipoteca data dal giorno della nomina di essi, o dalla approvazione di questa, qualora la nomina vi sia soggetta. Accorda inoltre un' ipoteca legale alla moglie sui beni del marito e su quelli dei di lui ascendenti espressamente o tacitamente obbligati per la dote, per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, e per i lucri dotali. Estendendo il Codice di Sardegna l'ipoteca legale della moglie anche ai beni degli ascendenti del marito si è attenuto alla massima stabilita da Giu-

stiniano colla L. un. C. *De rei ux.*, § 1, che accordava alla moglie l'ipoteca legale non solo sui beni del marito, ma altresì su quelli delle persone obbligate per la dote: « sive ipsæ principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliæ pro his personæ. » Accorda pure nell' articolo 2171 un'ipoteca legale alla moglie sui beni del marito pei beni e capitali non dotali di sua spettanza, che fossero stati alienati o esatti dal marito, o che alla presenza e col consenso del medesimo fossero stati alienati od esatti dalla moglie, ove in quest' ultimo caso non risulti dell'impiego del danaro. La quale ipoteca però, che ha luogo dal giorno della seguíta alienazione dei beni, o della esazione dei capitali, non si estende a quei crediti de' terzi verso il marito che per successione o altrimenti fossero pervenuti alla moglie.

Si parlò più sopra (1) della quistione, a cui ha lasciato luogo il Codice Napoleone, variamente decisa dagli Interpreti, se i figli di famiglia minori di età abbiano l'ipoteca legale sui beni del padre amministratore. Questa questione è stata tolta dal Codice di Sardegna, il quale nell'articolo 2172 accorda un'ipoteca legale al figlio di famiglia sopra i beni dell'ascendente alla cui podestà è soggetto. La quale ipoteca ha luogo dal giorno in cui sono pervenuti al figlio beni, de'quali spetti all'ascendente l'amministrazione, per le contabilità, che questi abbia contratte nella medesima. Dichiara l'articolo 231 del Codice di Sardegna che il padre è amministratore dei beni de'suoi figli minori, e che l'amministrazione dei beni di cui il padre ha l'usufrutto durerà per tutto il tempo dell'usufrutto medesimo. E siccome l'articolo citato 2172 accorda in genere l'ipoteca legale al figlio di famiglia sopra i beni dell' ascendente alla cui podestà è soggetto, è a tenersi che il legislatore non ha alcun riguardo all'età del figlio di famiglia, il quale avrà perciò l' ipoteca legale finchè dura l'amministrazione del padre alla cui podestà è soggetto, quand'anche il padre abbia il legale usufrutto dei beni amministrati.

Il Codice di Sardegna nell'articolo 146 dispone che il conjuge che avendo figli del primo passa ad un secondo matrimonio, è tenuto a riservare a favore dei medesimi la proprietà di tutto ciò che avrà avuto dalle sostanze del predefunto a titolo di donativo,

(1) N. 610.

o patto nuziale, donazione, instituzione o legato. Per questi diritti di riversibilità nel caso del passaggio degli ascendenti a seconde nozze, di cui parla il citato articolo 146, il lodato Codice accorda nell'articolo 2173 un'ipoteca legale ai figliuoli e discendenti sui beni dei detti ascendenti, la quale ha luogo dal giorno della morte del primo conjuge.

Accorda inoltre nell'articolo 2174 ai minori ed agl'interdetti un'ipoteca legale sui beni de'loro tutori per la risponsabilità della loro amministrazione, dal giorno in cui questi hanno accettata la tutela; e dichiara nella seconda parte dello stesso articolo che quando la madre tutrice passi a seconde nozze, la stessa ipoteca si estende ai beni del patrigno dal giorno del matrimonio, nei casi contemplati negli articoli 253 e 254. Questi articoli 253 e 254 del Codice di Sardegna non sono che la ripetizione degli articoli 395 e 396 del Codice Napoleone; ma il Codice di Sardegna colla accennata dichiarazione fatta nella seconda parte dell'articolo 2174 ha tolto saviamente le questioni che si fanno dagl'Interpreti, e di cui abbiamo già parlato, sul punto se anche i beni del patrigno restino gravati da ipoteca legale a favore de' figliastri per la risponsabilità dell'amministrazione della moglie.

Finalmente anche il Codice di Sardegna, ripetendo la disposizione dell'articolo 2122 del Codice Napoleone, dichiara nell'articolo 2176 che l'ipoteca legale si può esperire su tutti gli immobili presenti e futuri del debitore.

640. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj dispone nel § 117 che la legge accorda la ipoteca, indipendentemente dai giudicati e dalle convenzioni, 1° alle donne sopra i beni della successione, per la dote loro dovuta dai maschi escludenti; 2° alle mogli sopra tutti i beni presenti e futuri de' mariti, per la dote ai medesimi assegnata, e per la esecuzione dei patti nuziali; 3° ai pupilli, ai minori, agli interdetti, sopra i beni presenti e futuri dei tutori, curatori o altri amministratori, per le obbligazioni derivanti dalla loro gestione; 4° all'Erario pubblico, ai Comuni, alle Chiese, ai Luoghi Pii e pubblici Stabilimenti, sopra tutti i beni presenti e futuri degli esattori, agenti, preposti, contabili, amministratori ed altre persone obbligate a render conto pei debiti risultanti dall'esercizio del loro impiego o dalla loro amministrazione; 5° allo stesso pubblico Erario sopra tutti i beni presenti e futuri di ogni contraente che assuma verso di esso con

atto pubblico qualsivoglia obbligazione per l'adempimento de' patti stipulati. Dichiara poi nel § 118 che sotto il nome di pubblico Erario si comprendono ancora le Direzioni e Amministrazioni Fiscali; che sotto il nome di Chiese si comprendono pure le Mense Vescovili o abbaziali, i Capitoli, le Sacristie, le Parrocchie, le Cappellanie, i Benefizj; e finalmente che sotto il nome di Luoghi Pii e pubblici Stabilimenti si comprendono anche gli ospedali, gli orfanotrofj, i monti di pietà, i monti frumentarj, i seminarj, i collegi, i conservatorj, gl' istituti di carità e di beneficenza, il patrimonio degli studj, le corporazioni ecclesiastiche, secolari o regolari, e tutti i luoghi consacrati alla religione, retti o tutelati a norma de' sacri canoni dagli Ordinarj diocesani. Da ultimo dispone nel § 119 che compete inoltre la ipoteca legale pei crediti privilegiati che si enunciano nel Capo V della sezione precedente, nel caso preveduto dal § 101. E questo § 101 dichiara appunto che i privilegi non inscritti nel termine assegnato dalla legge, si ritengono, in ordine ai terzi, come semplici ipoteche legali, le quali non producono effetto che dal giorno della loro inscrizione.

641. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche stabilisce anch' esso nell' articolo 63, come fa il Codice di Parma, che la ipoteca legale è o generale, estesa cioè a tutti i beni immobili presenti e futuri del debitore; o speciale, cioè limitata ad alcuni dei detti beni. Nell' articolo 64 è accordata generale 1° alla moglie, per la dote costituita, e per le convenzioni matrimoniali, l' una e le altre stipulate avanti la dazione dell' anello, sui beni del marito, o dei di lui ascendenti obbligati alla restituzione della dote, o al mantenimento delle convenzioni matrimoniali, dal dì della costituzione della prima, e della stipulazione delle altre; 2° ai minori ed agli interdetti sui beni dei tutori e dei curatori dal giorno dell' accettazione della tutela e della cura, per i crediti resultanti dalla gestione di detti tutori e curatori; ed inoltre ai minori sui beni dei loro patrigni dal giorno del matrimonio colla loro madre tutrice, quando sia stato contratto prima che la tutrice predetta abbia renduto nei modi regolari il conto della sua amministrazione, saldato il debito che ne è resultato, e chiesto che i detti minori sieno provvisti di altro tutore; 3° alla Causa Pia sui beni dei respettivi amministratori e dei benefiziati, per le riparazioni trascurate e per tutti i

danni operati a pregiudizio della medesima dal dì dell'assunta amministrazione e del possesso; 4° al Governo, alle Comunità, ed a qualunque Azienda e Amministrazione pubblica sopra i beni di quelli dei suoi impiegati che sono responsabili di amministrazione pecuniaria, dal giorno in cui dai medesimi viene assunta; e 5° finalmente al Fisco sopra i beni dei suoi debitori dal giorno del contratto debito. È accordata poi speciale nell'articolo 65 a ciascuno dei creditori che godono di privilegio sopra gl'immobili in ordine al cap. I, § 2, e sui beni stessi ai quali si estende il privilegio. E questa ipoteca legale e speciale accordata col detto articolo 65 è quella appunto a cui allude l'articolo 40, il quale dichiara che i creditori rivestiti di privilegi che esigono la inscrizione, se non sono solleciti di ottenerla nei termini e nei modi prescritti, gli perdono, e restano colla ipoteca legale attribuita agli stessi loro crediti, ipoteca che dirimpetto ai terzi non diviene efficace che dal giorno in cui è inscritta. Questa disposizione dell'articolo 40 è la ripetizione dell'articolo 2113 del Codice Napoleone, il quale prescrive che tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'inscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia d'essere ipotecarj. Ma i Compilatori del Codice Napoleone si dimenticarono poi di far menzione di questa ipoteca legale attribuita ai crediti privilegiati rimasti senza il privilegio, allora quando nell'articolo 2121 fecero la enumerazione dei diritti e crediti garantiti dalla ipoteca legale. Più saggiamente il Motuproprio Toscano, dopo di avere stabilito nel citato articolo 40 che i creditori privilegiati, che non furono solleciti d'inscrivere i loro privilegi nei termini e modi prescritti, restano colla ipoteca legale, accorda espressamente nell'articolo 65 una tale ipoteca ai detti creditori in sostituzione del perduto privilegio. Finalmente viene dichiarato nell'articolo 66 che è in libertà delle parti che ne hanno l'interesse, e hanno capacità legale, di modificare e restringere come credono le dette ipoteche legali.

642. Il Progetto Vatimesnil nell'articolo 2113 manteneva l'ipoteca legale in favore dei crediti e diritti, ai quali viene accordata dall'articolo 2121 del Codice Napoleone. Se non che il detto Progetto, come diremo a suo tempo, toglieva radicalmente tutto ciò che l'ipoteca legale del Codice Napoleone ha di odioso e di contrario all'interesse del credito fondiario. Sorse a combat-

tere la istituzione della ipoteca legale l'eloquente parola dell'illustre economista Wolowski, il quale nella prima discussione del detto Progetto che ebbe luogo avanti l'Assemblea repubblicana legislativa il 25 giugno 1850 (1), incominciò il suo discorso colle solenni parole che qui riporto come quelle dalle quali i Giovani, pei quali è fatto questo libro, argomenteranno l'alta importanza della Legge Ipotecaria: « La loi hypothécaire touche aux questions les plus graves du crédit public et privé, parce que cette loi hypothécaire se rattache non seulement aux institutions économiques, non seulement au progrès, au développement du crédit, mais se rattache aussi à toutes les lois de la famille par la protection qu'elle accorde aux droits des incapables. » Io prendo atto di queste ultime parole — *se rattache aussi à toutes les lois de la famille par la protection qu'elle accorde aux droits des incapables.* — Imperocchè l'ipoteca legale è appunto un rimedio onde la legge protegge e assicura i diritti delle persone incapaci o per difetto di età, o per malattia di mente o per mancanza di una piena libertà, di tutelare con patti e convenzioni i proprj interessi. Premesse le solenni parole che ho qui trascritte, diceva il Wolowski che la natura occulta della ipoteca legale attribuita dal Codice Napoleone alle donne maritate, ai minori ed agl' interdetti non è l'unica causa che la rende fatale al credito fondiario, e che il vizio radicale di una tale ipoteca è il carattere indeterminato ed eventuale dei crediti e diritti dalla medesima garantiti, i quali minacciano del continuo i terzi disposti a contrattare col marito e col tutore, e scagliano contro il patrimonio gravato una specie d'interdetto. Io non sono nel numero di quelli, diceva l'illustre Economista, che sommettono gl' interessi morali, gl' interessi di famiglia, agli interessi materiali; io sacrificherò sempre gl' interessi materiali allorachè si troveranno in collisione e in conflitto con un interesse morale; ma io sono di quelli che cercano dare tutte le necessarie ed utili garanzie agli incapaci, e che nello stesso tempo non vogliono ruinare lo sviluppo e miglioramento del credito territoriale, perchè la prosperità del credito territoriale, mentre accresce la ricchezza generale, arricchisce la famiglia e così giova alle donne e ai minori. Finchè si trovano a fronte come nemici in un campo di battaglia gl' interessi delle donne e degli incapaci da una parte, e dall' altra

(1) Moniteur Un., 26 juin 1850, n. 177.

gl' interessi del credito territoriale, è giusto che la legge assista e soccorra dell' egida della sua protezione il più debole, ossia le donne e gl' incapaci; ma quando il legislatore faccia tacere la lotta che esiste attualmente tra questi interessi, assicurando gli uni e gli altri con opportune e distinte disposizioni, allora vien meno la causa onde i diritti dei deboli sono dal legislatore protetti e difesi a scapito del credito territoriale. Non basta adunque assoggettare la ipoteca legale delle donne, dei minori e degl' interdetti all' obbligo della inscrizione; è mestieri sopprimere radicalmente le ipoteche legali, le quali sono un ostacolo permanente al miglioramento del credito territoriale, e sostituire altre garanzie proteggitrici dei diritti dei deboli. — Tale era il piano dell' illustre Wolowski, il quale voleva la soppressione radicale e completa dell' ipoteca legale concessa dal Codice Civile, per essere non solo occulta, ma altresì indeterminata ed eventuale, domandando in pari tempo che con altri provvedimenti e rimedj diversi dall' ipoteca legale fossero assicurati e difesi i diritti delle donne e delle altre persone bisognose di uno speciale patrocinio.

Ma i vizj onde è infetta l' ipoteca legale stabilita dal Codice Napoleone, che sono certamente gravissimi e fatali al credito fondiario, sono forse un giusto motivo di sopprimerla e cancellarla del tutto? Io non sono di questo avviso. L' ipoteca legale del Codice Napoleone deve essere modificata e corretta, non deve più essere occulta, indeterminata ed eventuale; deve perdere insomma tutto ciò che ha di vizioso e di cattivo, ma non la sua esistenza, all' ombra della quale le famiglie, che sono l' elemento vitale del civile consorzio, conservano i loro patrimonj. Rispondeva con molta ragione l' illustre Vatimesnil al discorso del Wolowski, che domandare la soppressione dell' ipoteca legale significa obliare e porre in non cale i più sacri e cari principj da cui tutti devono essere animati, lo spirito cioè di famiglia e lo spirito di giustizia; lo spirito di famiglia, al bene della quale importa grandemente l' ipoteca legale assicuratrice e difenditrice dei più preziosi diritti; lo spirito di giustizia, perchè l' ipoteca legale è la protezione che la legge accorda al debole contro il forte. Parlando il Wolowski in ispecie dell' ipoteca legale concessa alle donne maritate, diceva che non bisogna prender norma dalle Leggi Romane ed imitarne l' esempio; perchè il principio dominante della Legislazione Romana in quello che riguarda i rapporti

tra i due conjugi era il divorzio, e alla moglie che entrava come una straniera nella casa del marito dava appunto la legge la garanzia dell' ipoteca legale, onde potesse conservando la dote volare con facilità ad altre nozze; laddove l' indissolubilità dell' attuale vincolo conjugale, avendo fatta sparire la barriera di separazione che divideva anticamente gli interessi opposti dei due conjugi, ha rese inutili tutte quelle precauzioni gelose e ispirate da diffidenza che erano prese contro il marito. La semplice definizione del matrimonio data da Modestino nella L. 1, D. *De ritu nupt.*, risponde all'osservazione del Wolowski: « Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris comunicatio. » Mi dispensa pure dal rispondere la sentenza di Paolo che leggesi nella L. 1, D. *De jure dotium:* « Dotis causa perpetua est: et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. » Non è vero che la donna fosse quasi straniera in casa del marito, e non è vero che la ipoteca legale fosse alla moglie accordata collo scopo di favorire la libertà di legarsi, fatto il divorzio, con un secondo marito. Prima di Giustiniano nessuna ipoteca legale era concessa alle donne maritate, alle quali per la restituzione della dote competeva un semplice privilegio personale, ossia il diritto di preferenza sopra i soli creditori chirografarj. L' ipoteca legale fu loro attribuita da Giustiniano colla famosa L. un. C. *De rei uxoriæ actione.* In questa Legge parla forse Giustiniano di divorzio e di seconde nozze? No. Basti il dire che accordò perfino l' ipoteca legale al marito contro la moglie e gli obbligati al pagamento della dote: « In hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis. » E quando Giustiniano colla L. 12, C. *Qui pot.*, accordò alla donna maritata l'esorbitante ed ingiusta preferenza sopra tutte le ipoteche anteriori fu forse animato dal desiderio di assicurarle i mezzi di passare da un primo ad un secondo matrimonio? Le parole dell' Imperator Giustiniano mostrano che ben diversa fu la causa che lo mosse ad accordare alle donne maritate tanti favori: « Quis enim earum non misereatur popter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia? » Tanto è lungi che l' ipoteca legale fosse accordata pel fine indicato dal Wolowski, che

nel titolo del Codice Giustinianeo, *De secundis nuptiis*, troviamo parecchie importantissime disposizioni emanate in odio delle seconde nozze. Del resto, è forse il divorzio la causa unica onde si può sciogliere il vincolo del matrimonio? La morte, la quale *æquo pulsat pede pauperum tabernas, regumque turres*, non rompe inesorabile il sacro nodo che la mano del sacerdote strinse indissolubilmente e benedisse? Sono forse così rare ai tempi nostri le seconde nozze da rendere superflue le salutari cautele onde la legge provvida tutelò e mise in salvo i diritti e i beni della donna maritata? Io credo che con tutta ragione Vatimesnil combattesse la proposta abolizione della ipoteca legale, onde la legge difende e protegge il debole contro il forte, e che debba lodarsi il voto dell'Assemblea legislativa repubblicana onde fu approvato l'articolo 2113 del Progetto Vatimesnil, che ripeteva la massima stabilita nell'articolo 2121 del Codice Napoleone (1).

643. I Compilatori del Codice di Modena, attenendosi alla distinzione dell'ipoteca legale in generale e speciale stabilita molto saviamente dal Codice di Parma nell'articolo 2171 e dal Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche nell'articolo 63, dispone nell'articolo 2162 ciò che segue: « *L'ipoteca legale è quella, che viene accordata dalla legge. Può essere o generale sopra tutti gli stabili sì presenti che futuri, o speciale sopra certi stabili.* »

Il Codice Napoleone nell'articolo 2121 tra i diritti e crediti cui è attribuita l'ipoteca legale annovera in termini generali ed assoluti *quelli delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti.* Il Codice di Parma con migliore consiglio determina nell'articolo 2172 i diritti e crediti, per i quali viene accordata dalla legge alle donne maritate l'ipoteca legale generale, cioè per le doti, pe' lucri nuziali, e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali. Il Motuproprio Toscano nell'articolo 64 accorda alla moglie l'ipoteca legale generale per la dote costituita e per le convenzioni matrimoniali. Attenendosi a questa disposizione dell'articolo 64 della Legge Toscana, il Codice di Modena nell'articolo 2163 dichiara: « *La moglie ha un' ipoteca legale sui beni del marito per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali.* » L'articolo 2121 del Codice Napoleone accorda alle donne maritate l'ipoteca legale soltanto sopra i beni dei loro

(1) Moniteur Un., 24 décemb. 1850, n. 358.

mariti; ma l' articolo 2170 del Codice di Sardegna accorda alla moglie l' ipoteca legale sui beni del marito e su quelli de' di lui ascendenti espressamente o tacitamente obbligati per la dote, per l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali, e per i lucri dotali. Anche l' articolo 64 n° 1° del Sovrano Motuproprio Toscano accorda alla moglie l' ipoteca legale generale sui beni del marito o dei di lui ascendenti obbligati alla restituzione della dote, o al mantenimento delle convenzioni matrimoniali. Ad imitazione delle Leggi di Sardegna e di Toscana il Codice di Modena nella seconda parte del citato articolo 2163 aggiunge: « *Ha pure ipoteca legale contro gli ascendenti del marito per la dote, nei casi contemplati nell' articolo* 1459. » Il quale articolo 1459 dispone che il padre e gli altri ascendenti non sono tenuti per la restituzione della dote della moglie del loro discendente, se non nel caso che vi si sieno obbligati; e che se però hanno essi stessi ritirata la dote, o consentito espressamente che venga pagata al loro discendente, sono tenuti solidariamente collo sposo alla restituzione della dote medesima. Le stesse ragioni che consigliarono i Compilatori del Codice di Modena ad accordare alla moglie un' ipoteca legale sui beni del marito per la restituzione della dote, domandavano altresì che la stessa ipoteca fosse estesa sui beni degli ascendenti del marito nel caso che i medesimi siano personalmente responsabili della stessa restituzione. Imperocchè posta nell' ascendente del marito l' obbligazione personale di restituire la dote, la condizione della moglie verso l' ascendente stesso non è diversa da quella in cui essa trovasi verso il proprio marito.

Il Codice di Parma nell' articolo 2173 dichiara che l' ipoteca non si concede alla moglie per le convenzioni matrimoniali, se non quando le medesime siano fatte per atto notarile prima del matrimonio; e parimente nell' articolo 2174, che la moglie non ha ipoteca per la dote e pe' lucri nuziali, se non quando la dote sia stata costituita per atto notarile prima del matrimonio. Queste saggie disposizioni, le quali prevengono ogni pericolo di frodi ordite in danno dei terzi, si trovano ripetute nell' articolo 2166 del Codice di Modena così concepito: « *L' ipoteca però non si concede alla moglie per la dote e per le convenzioni matrimoniali, se non se quando la dote sia stata costituita, e le convenzioni siano state fatte per atto notarile prima del matrimonio.* »

Il Codice di Parma nell' articolo 2172 accorda, come si

disse, l'ipoteca legale alle donne maritate per le doti, pe' lucri nuziali, e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali; e il Motuproprio Toscano nell'articolo 64 l'accorda per la dote costituita e per le convenzioni matrimoniali. Ma il Codice di Sardegna nell'articolo 2171 accorda altresì alla moglie un'ipoteca legale sui beni del marito pei beni e capitali non dotali di sua spettanza, che fossero stati alienati o esatti dal marito, o che alla presenza e col consenso del medesimo fossero stati alienati od esatti dalla moglie, ove in quest'ultimo caso non risulti dell'impiego del danaro; dichiarando però nello stesso articolo che tale ipoteca, la quale ha luogo dal giorno della seguíta alienazione dei beni, o della esazione dei capitali, non si estende a quei crediti de' terzi verso il marito che per successioni o altrimenti fossero pervenuti alla moglie. Una tale disposizione è stata ripetuta negli articoli 2164 e 2165 del Codice di Modena, concepiti nei seguenti termini: « *La moglie ha altresì un' ipoteca legale sui beni del marito pei beni e capitali non dotali di sua spettanza, che fossero stati alienati o esatti dal marito, o che alla presenza e col consenso del medesimo fossero stati alienati od esatti dalla moglie, ove in quest' ultimo caso non risulti dell' impiego del denaro.* » — « *Tale ipoteca ha luogo dal giorno della seguíta alienazione dei beni, o della esazione dei capitali. Essa non si estende a quei crediti de' terzi verso il marito che per successione o altrimenti fossero pervenuti alla moglie.* » Siccome l'articolo 1462 del Codice di Modena lascia alla moglie l'amministrazione ed il godimento dei parafernali, non mi par giusto che l'articolo 2164 le accordi un'ipoteca legale pei beni e capitali non dotali di sua spettanza che alla presenza e col consenso del marito furono alienati od esatti dalla moglie, sebbene non risulti dell'impiego del denaro. L'ipoteca, secondo il mio avviso, avrebbe dovuto essere accordata pei soli beni e capitali non dotali di spettanza della moglie che furono alienati o esatti dal marito.

Il Codice di Parma nel già citato articolo 2172 accorda l'ipoteca legale generale anche alle persone soggette a tutela sopra i beni de' loro tutori per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione. Ripetendo questa disposizione il Codice di Modena nell'articolo 2167 dispone: « *Le persone soggette a tutela hanno l' ipoteca legale sopra i beni dei loro tutori per le*

obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione.» Quali sono secondo il Codice di Modena le persone soggette a tutela a cui il citato articolo 2167 accorda l'ipoteca legale sopra i beni dei loro tutori? Sono le persone di proprio diritto, come risulta dall'articolo 190, le quali per età minorile, o sebbene in età maggiore, per vizio di mente o per prodigalità, non potendo provvedere a sè stesse ed ai loro beni, vengono sottoposte all'autorità di un tutore. Tre dunque sono le classi delle persone di proprio diritto a cui accenna il citato articolo 2167, cioè i minori, ossia le persone dell'uno e dell'altro sesso, che non hanno compiuto gli anni ventuno (1), sottoposti a tutela per la sola età minorile (2); le persone sottoposte a tutela per vizio di mente, cioè gl'imbecilli, i dementi, e i furiosi (3); e finalmente i prodighi.

Si tenne parola (4) della questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se i figli di famiglia abbiano l'ipoteca sui beni del loro padre. Questa questione fu tolta, come già si disse, dall'articolo 2172 del Codice di Sardegna, il quale accorda al figlio di famiglia un'ipoteca legale sopra i beni dell'ascendente, alla cui podestà è soggetto, dal giorno in cui sono pervenuti al figlio beni de' quali spetti all'ascendente l'amministrazione, per le contabilità che questi abbia contratte nella medesima. Non vuolsi però tacere che anche da questo articolo del Codice di Sardegna potrebbe forse nascere un dubbio, se cioè l'ipoteca legale competa al figlio di famiglia tanto per l'amministrazione dei beni di cui il padre non ha l'usufrutto ed è semplice amministratore, quanto altresì per quella dei beni di cui il padre è usufruttuario. Ma anche questo dubbio è stato tolto dai Compilatori del Codice di Modena, i quali nel ripetere l'articolo 2172 del Codice di Sardegna contemplarono l'un caso e l'altro colla disposizione dell'articolo 2168, che è del seguente tenore: « *Il figlio ha ipoteca legale sui beni del padre o dell'altro ascendente, che ha la patria podestà, per l'integrità delle sostanze usufruttate; ed anche per l'amministrazione delle altre sulle quali il padre o l'ascendente non ha l'usufrutto.* » Il Codice di Modena ripetendo altresì la disposizione dell'artico-

(1) Art. 192.
(2) Art. 196.
(3) Art. 194 e 197.
(4) N. 610.

lo 2173 del Codice di Sardegna accorda nell' articolo 2170 ai figli e discendenti l' ipoteca legale sui beni dei loro ascendenti pei diritti di riversibilità nel caso di passaggio a seconde nozze dei detti ascendenti: « *I figli e discendenti hanno parimente sui beni dei loro ascendenti un' ipoteca legale pei diritti di riversibilità, nel caso di passaggio dei detti ascendenti a seconde nozze, come all' articolo* 837. » Il quale articolo 837 dispone, che il conjuge, a cui siano superstiti figli o discendenti, può lasciare all' altro conjuge l' usufrutto di tutta la porzione disponibile e di più la metà della stessa porzione disponibile in proprietà; e che questo conjuge, se passa a seconde nozze, essendogli tuttora superstiti figli o discendenti del conjuge predefunto, perde la proprietà dell' anzidetta porzione, la quale si devolve ai figli o discendenti dello stesso conjuge predefunto, da cui sono pervenuti i beni, secondo le regole delle successioni *ab intestato.*

Il Codice di Modena ad imitazione dell' articolo 2174 del Codice di Sardegna, e dell' articolo 64 n° 2° del Motuproprio Toscano, accorda altresì coll' articolo 2171 ai figli posti sotto la tutela della madre l' ipoteca legale sui beni del patrigno: « *Quando la madre tutrice passa a seconde nozze, la stessa ipoteca legale, pel caso dell' articolo* 303, *si estende ai beni del patrigno dal giorno del matrimonio.* » Questo caso dell'articolo 303 ha luogo quando il Giusdicente permette che la madre non ostante il passaggio ad altre nozze continui nella tutela. Imperocchè allora giusta la disposizione del detto articolo 303 con lei si ritiene obbligato in solido il secondo marito, e però verificandosi questo caso l' ipoteca legale onde il citato articolo 2171 grava i beni del patrigno è accordata ai figli a garanzia della obbligazione solidale imposta dal citato articolo 303 allo stesso patrigno per l' amministrazione della moglie dal giorno del matrimonio. Siccome importa grandemente all' interesse del credito fondiario che sia il più che si possa ristretto il numero delle ipoteche legali generali, non mi pare da lodarsi la disposizione del citato articolo 2171 del Codice di Modena, che estende l' ipoteca accordata ai figli posti sotto la tutela della madre ai beni del patrigno. Non è esorbitante questa estensione d' ipoteca? Infatti il Giusdicente nel caso contemplato dal citato articolo 303 non può e non deve permettere che la ma-

dre tutrice continui nella tutela, se il passaggio di lei alle seconde nozze può mettere in pericolo gl' interessi dei figli. D'altra parte l' idonea sicurtà da prestarsi dalla tutrice, e l' obbligazione solidale personale imposta al secondo marito sono cautele e garanzie più che sufficienti ad assicurare l' interesse dei figli senza che alla ipoteca legale che questi hanno già sui beni della madre tutrice debba aggiungersene una nuova sui beni del patrigno.

Finalmente il Codice di Modena ripetendo la disposizione delle altre Leggi Ipotecarie sunnominate quanto all' ipoteca accordata allo Stato, ai Comuni ed ai pubblici Stabilimenti, e quella segnatamente dell' articolo 2169 del Codice di Sardegna, stabilisce nell' articolo 2169 ciò che segue: « *Compete pure ipoteca legale allo Stato, agli Stabilimenti pubblici, ai Comuni sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto pel maneggio di denaro, o per qualunque altra contabilità materiale, dal giorno della nomina o da quello della successiva superiore approvazione, ove questa è necessaria.* »

L' ipoteca legale accordata dal Codice di Modena coi citati articoli 2163, 2164, 2167, 2168, 2169, 2170 e 2171 è generale, e ciò viene espressamente dichiarato nell' articolo 2172 così concepito: « *L' ipoteca legale, di cui nei precedenti articoli, comprende tutti i beni stabili sì presenti, come futuri.* »

Il Codice di Modena accorda poi l' ipoteca legale speciale negli stessi casi in cui è concessa dagli articoli 2176 del Codice di Parma, e 65 del Sovrano Motuproprio Toscano, e dispone perciò negli articoli 2173 e 2174 ciò che segue: « *Compete ipoteca legale e speciale ai creditori del defunto ed ai legatarj sopra i beni della successione; ai coeredi, socj ed altri condividenti sopra gli stabili ereditarj e sociali; al venditore sopra lo stabile venduto; a quelli che hanno somministrato denaro per l' acquisto dello stabile.* » — « *Tutte queste speciali ipoteche sono accordate nel caso dell' articolo* 2145. » Siccome l' ipoteca legale e speciale è accordata dal citato articolo 2173 nel caso dell' articolo 2145, mi è necessario fare alcune osservazioni prendendo ad esame il detto articolo 2145 e gli altri articoli, coi quali l' articolo 2145 ha intima relazione. L' articolo 2145 dispone che se non è fatta l' inscrizione nel termine dalla legge stabilito dei privilegi costituiti sopra gli stabili, i

creditori non lasciano d'avere legale ipoteca tanto fra loro, quanto in ordine ai terzi, da misurarsi dal tempo della inscrizione. Ma quest' articolo 2145 si riferisce forse a tutti i privilegi costituiti sopra gli stabili? No. Si riferisce unicamente a quei privilegi che devono essere inscritti in un termine stabilito, ossia si riferisce al privilegio dei coeredi, dei socj e degli altri condividenti, che giusta l'articolo 2143 deve essere conservato mediante l'inscrizione fatta entro il termine di quaranta giorni computabili dall'atto della divisione o della licitazione; e si riferisce altresì al privilegio del terzo possessore, il quale giusta l'articolo 2144 deve essere inscritto entro lo stesso termine di quaranta giorni. Ma l'articolo 2145 non si riferisce e riferire non si può a quei privilegi, pei quali la trascrizione giusta l'articolo 2142 sta in luogo d'inscrizione, e in prò dei quali deve inscrivere d'uffizio il Conservatore delle ipoteche; e ciò perchè non ha la legge fissato alcun termine alla inscrizione di questi privilegi. Se pertanto l'articolo 2173 accorda ai creditori nel detto articolo contemplati l'ipoteca legale e speciale nel caso dell'articolo 2145, e questo caso dell'articolo 2145 si può solo verificare riguardo ai coeredi e al terzo possessore che non inscrissero il loro privilegio entro il termine fissato dalla legge, è forza il concludere che agli altri creditori contemplati in detto articolo 2173, a cui il caso dell'articolo 2145 non può applicarsi, è stata dall'articolo 2173 accordata una ipoteca inutile e che non avrà mai effetto. E se il caso dell'articolo 2145 è applicabile soltanto ai coeredi e al terzo possessore, i quali non conservarono i loro privilegi mediante l'inscrizione fatta entro il termine dei quaranta giorni stabilito cogli articoli 2143 e 2144, non so perchè nell'articolo 2173 non è al terzo possessore accordata l'ipoteca legale e speciale sullo stabile sul quale gli fu nell'articolo 2139 n° 5 concesso il privilegio. E rimango di questa omissione tanto più meravigliato che nell'articolo 2145, il quale accenna, come si è detto, tanto ai coeredi quanto al terzo possessore che non inscrissero il privilegio entro il termine dei quaranta giorni, è detto chiaramente che se non è fatta l'inscrizione nel ridetto termine, i creditori non lasciano d'avere legale ipoteca tanto fra loro, quanto in ordine ai terzi. Io perciò credo che la disposizione dell'articolo 2173, che accorda ad alcuni creditori l'ipoteca

legale e speciale nel caso dell'articolo 2145, non bene risponda e armonizzi con quest' articolo 2145.

L'articolo 2145 non solo non è applicabile ai privilegi, per la inscrizione dei quali non fu dalla legge assegnato alcun termine, ma neppure è applicabile ai creditori del defunto ed ai legatarj, ai quali fu dall'articolo 2098 prescritto il termine di tre mesi per fare inscrivere i loro titoli di credito o di legato. La ragione si è che l'articolo 2145, che è sotto il § che tratta *Del modo col quale si conservano i privilegi*, si riferisce ai soli privilegi costituiti sopra gli stabili; laddove il benefizio della separazione non è dal Codice di Modena messo nel numero dei privilegi, ed è anzi considerato come un diritto separato e distinto dai privilegi, e su questo punto mi riporto a ciò che ho detto nel secondo volume (1). Ma se l'articolo 2145, al quale si riporta l'articolo 2174, non è applicabile ai creditori del defunto ed ai legatarj, si dovrà perciò concludere essere inutile e di niun effetto l'ipoteca legale e speciale accordata nell'articolo 2173 ai creditori del defunto ed ai legatarj? Io non credo che si possa e si debba venire a questa conclusione, essendo in termini troppo chiari ed assoluti accordata ai creditori del defunto ed ai legatarj la detta ipoteca legale e speciale. Credo piuttosto e tengo per fermo che i Compilatori del Codice di Modena abbiano voluto accordare ai creditori del defunto ed ai legatarj due diritti, l'uno diverso e indipendente dall'altro, cioè il benefizio della separazione sottoposto alle regole e condizioni prescritte nel Capo *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, e l'ipoteca legale e speciale concessa coll'articolo 2173; talchè i creditori ed i legatarj che avranno perduto il diritto di valersi del benefizio della separazione per non avere fatta nel termine fissato dei tre mesi l'inscrizione prescritta nell'articolo 2098, potranno giovarsi dell'ipoteca legale e speciale attribuita dall'articolo 2173 come di un diritto distinto e diverso da quello della separazione e sottoposto alle regole ordinarie a cui sono soggette le altre ipoteche. Secondo i principj del Codice Napoleone il benefizio della separazione accordato ai creditori del defunto ed ai legatarj è messo nel numero dei privilegi, e quando non è inscritto entro il termine dei sei mesi stabilito dall'articolo 2111, corre la sorte a cui vanno soggetti

(1) N. 379, pag. 112. N. 479, pag. 326. N. 529, pag. 417.

gli altri privilegi non inscritti entro il termine fissato dalla legge, ossia si trasforma in una semplice ipoteca legale giusta la generale disposizione dell' articolo 2113, applicabile a tutti i privilegi non inscritti entro il termine dalla legge stabilito. La cosa procede altrimenti secondo i principj del Codice di Modena, sebbene il risultato non sia diverso. I creditori del defunto ed i legatarj hanno il diritto di domandare la separazione dei patrimonj, sì veramente che facciano inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi. Ma questo diritto non è un privilegio, è un benefizio *sui generis* distinto dai privilegi, del quale i creditori ed i legatarj non possono più valersi, quando non abbiano adempita la condizione della inscrizione entro il termine stabilito, alla quale è subordinato l'esercizio di un tale benefizio. Questo benefizio una volta perduto per difetto d' inscrizione non si trasforma, come sotto il Codice Napoleone, in una ipoteca; ma però i creditori ed i legatarj possono far uso dell' ipoteca legale loro concessa dal più volte citato articolo 2173 indipendentemente dal benefizio della separazione. L' ipoteca legale e speciale adunque concessa dall' articolo 2173 del Codice di Modena ai creditori del defunto ed ai legatarj non è il risultato di una conversione e di una trasformazione del benefizio della separazione in un semplice gius d' ipoteca; ma è un rimedio distinto affatto e indipendente dal benefizio della separazione, del quale i detti creditori e legatarj possono far uso, e giovarsi quando abbiano perduto il benefizio della separazione.

DELL' IPOTECA GIUDIZIALE.

Articolo 2123.

L' ipoteca giudiziale deriva da sentenze definitive o provvisionali, proferite tanto in contradditorio delle parti, che in contumacia, a favore di chi le ha ottenute. Deriva parimente dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte

ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata.

Può esercitarsi sopra gl' immobili attuali del debitore e sopra quelli che potesse acquistare, salve le modificazioni in appresso determinate.

Le sentenze arbitramentali non producono ipoteca se non quando sono rivestite del decreto giudiziale d' esecuzione.

Non può similmente derivare l' ipoteca dalle sentenze pronunciate in paese straniero, salvo che siano state dichiarate eseguibili da un Tribunale del Regno; senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possano essere determinate dalle leggi politiche o dai trattati.

SOMMARIO.

644. Il pegno giudiziale romano non nasceva dalla sentenza, ma dal pignoramento eseguito dopo la sentenza.

645. L' ipoteca giudiziale del Codice Napoleone è una istituzione del Diritto Francese. Questa ipoteca derivante *ipso jure* dalle sentenze è una ingiusta ed esorbitante istituzione.

646. Quali sono le sentenze che producono l' ipoteca giudiziale.

647. Se nasca da una sentenza proferita da un Giudice incompetente.

648. Quali sono gli effetti dell' ipoteca derivante da una sentenza che condannò il debitore a dare l' ipoteca speciale da lui promessa.

649. Se nasca l' ipoteca giudiziale da una sentenza che condannò un amministratore a dare il resoconto della sua amministrazione.

650. Se il decreto che nomina un curatore ad una eredità vacante produca l' ipoteca giudiziale.

651. Se l' ipoteca giudiziale nasca dalla sentenza onde uno è condannato a dare una sicurtà.

652. Le transazioni e le confessioni giudiziali non producono l' ipoteca giudiziale.

653. Le sentenze criminali che condannano il reo all' emenda dei danni ed interessi verso la parte offesa producono l' ipoteca giudiziale.

654. L' ipoteca giudiziale nasce subito dalla sentenza e può efficacemente

inscriversi non ostante il giudizio di appellazione ed anche prima della intimazione.

655. L'ipoteca giudiziale deriva anche dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata. Con questa ipoteca giudiziale derivante dalle ricognizioni giudiziali delle private sottoscrizioni il legislatore ha dato in mano ai contraenti il mezzo di eludere la legge della specialità delle ipoteche convenzionali. La Legge del 3 settembre 1807 non ha rimediato a tutti gli inconvenienti della ipoteca giudiziale derivante dalle ricognizioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte alle private scritture.

656. Quando il debitore non può più reclamare il beneficio del termine avendo per fatto proprio diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore, questi può efficacemente inscrivere l'ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione della scrittura non ostante che non sia scaduto il termine in questa fissato al pagamento del debito.

657. La sola dichiarazione del debitore fatta in giudizio di riconoscere la propria firma non basta a produrre l'ipoteca giudiziale. Non si ammette l'ipoteca giudiziale in base di una scrittura portante una semplice croce o altro segno fatto da un illetterato.

658. Non producono l'ipoteca giudiziale le ricognizioni fatte avanti un Giudice incompetente, a cui non fu debitamente prorogata la giurisdizione.

659. Se il creditore chirografario di una successione possa in appoggio di una sentenza ottenuta dopo la morte del debitore acquistare l'ipoteca giudiziale sui beni della stessa successione.

660. L'ipoteca giudiziale è generale e colpisce i beni presenti e futuri.

661. Se una sentenza proferita contro una donna maritata colpisca altresì il fondo dotale della medesima.

662. Se un fondo anche per un solo istante è stato in proprietà del debitore, rimane colpito dall'ipoteca giudiziale.

663. Le modificazioni a cui accenna l'articolo 2123 sono quelle che risultano dall'articolo 2161.

664. Quando dalle sentenze degli Arbitri nasca l'ipoteca giudiziale.

665. Se e quando nasca dalle sentenze pronunciate in paese straniero.

666. Affinchè nasca l'ipoteca giudiziale dalle sentenze pronunciate in paese straniero, se il Tribunale dello Stato dove sono situati i beni debba limitarsi a un semplice decreto di esecuzione senza occuparsi del merito della sentenza, oppure debba rivedere *ex integro* la causa.

667. La disposizione dell'articolo 2123, in forza della quale non può derivare l'ipoteca giudiziale dalle sentenze pronunciate in paese

644. Si notò più sopra che il pegno Pretorio è per Gius Romano diverso dal giudiziale (1). Le principali differenze tra l'uno e l'altro vengono con brevi parole indicate dal Brunnemanno: « Hoc Prætorium differt a pignore judiciali, vel in causa judicati capto, quod Prætorium pignus ob contumaciam vel rei servandæ causa, judiciale vero ob executionem rei judicatæ; illud, Prætorium scilicet, per missionem, hoc per captionem; illud in omnibus bonis, hoc plerumque in rebus singulis; illud contra latitantem nondum judicatum, hoc contra judicatum, vel eum qui pro condemnato habetur (2). » Ma qualunque siano le differenze tra il pegno Pretorio e il giudiziale, certo si è che l'uno e l'altro derivano dall'autorità del Magistrato, il quale, come dice Ulpiano nella L. 3, § 1, D. *De reb. eor. qui sub tut.*, ha anche il potere di sottoporre a pegno le sostanze dei pupilli. È pur certo altresì che dall'uno e dall'altro nasce l'azione reale ipotecaria, e in ciò il pegno Pretorio o giudiziale non è diverso dal convenzionale, come risulta dalla L. 2, C. *De Præt. pign.*, la quale parifica negli effetti il pegno Pretorio al convenzionale. È certo finalmente che l'un pegno e l'altro non nascono semplicemente dal decreto o sentenza del Magistrato, ma è necessa-

(1) N. 552 e 559.
(2) Ad L. 1, C. *De Præt. pignore.*

ria, come dice il Brunnemanno (1), la materiale immissione in possesso nel pegno Pretorio, e il sequestro dei beni del debitore condannato nel giudiziale: « Sicut in pignore Prætorio requiritur realis missio, ita et hic (cioè nel giudiziale) realis missio vel capio requiritur, nec sufficit comminatio de immittendo creditore, nec sufficiunt executoriales. » E per parlare del solo pegno giudiziale che più si lega coll'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone, è a tenersi che per Gius Romano la sentenza passata in cosa giudicata attribuisce al vincitore una semplice azione personale detta *actio judicati* derivante da un quasi contratto (2). Di quest'azione e del quasi contratto onde deriva parla Ulpiano nella L. 3, § 11, D. *De peculio*: « Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri... Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicati spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem. » Quest'azione personale *judicati*, di cui parla la L. 6, § 3, D. *De re jud.*, dà luogo ad un nuovo giudizio, onde il vincitore domanda ed ottiene la esecuzione della sentenza *captis pignoribus*, e nella L. 8, C. *De execut. rei jud.*, viene chiamato col nome di *Executor* il Magistrato che a questo giudizio di esecuzione presiede, del quale il Brunnemanno compendia le attribuzioni colle seguenti brevi parole: « Est is, qui sententiam latam inter partes ad effectum perducit, et qui exigit, capit, distrahit, addicit pignora (3). » Questa maniera di ottenere la esecuzione della sentenza col mezzo dell'azione personale *judicati*, colla quale si apriva un nuovo giudizio di mera esecuzione avanti il Magistrato detto *Executor*, era il modo solenne ed ordinario; ma qualche volta si domandava la esecuzione della sentenza *extra ordinem* senza ricorrere all'azione ossia al nuovo giudizio *judicati* (4). A questo modo straordinario accenna Ulpiano nella L. 82, D. *De judiciis*. Anche la L. 50, D. *De eviction.*, allude al modo straordinario, onde il vincitore in qualche caso otteneva l'esecuzione della sentenza senza bisogno d'intentare l'azione *judicati*. Da queste brevi premesse possiamo con tutta certezza concludere, che per Gius Romano non nascono mai dalle sentenze, comec-

(1) Ad L. 1, C. *Si in causa jud. pign.*
(2) Voet, lib. 42, tit. 1, *De re judicata*, n. 32.
(3) Ad L. 8, C. *De execut. rei jud.*
(4) Voet, lib. 42, tit. 1, *De re jud.*, n. 31.

chè passate in cosa giudicata, il gius di pegno e l'azione ipotecaria; che l'azione *judicati* derivante dalla sentenza passata in cosa giudicata è una semplice azione personale; e che il pegno giudiziale ha luogo dopo che fu eseguito il pignoramento dei beni del debitore condannato, sia che la esecuzione della sentenza si ottenga nel modo ordinario *per Executorem*, o nel modo straordinario *per apparitorem*. Si tenga adunque per fermo che il pegno giudiziale romano non deriva dalla sentenza, ma dal pignoramento eseguito per ordine del Magistrato dopo la sentenza.

645. Dalla breve analisi che abbiamo fatto del pegno giudiziale romano risulta chiaramente che da questo è grandemente diversa l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone, la quale nasce direttamente ed *ipso jure* dalla sentenza. E in vista di questa differenza essenzialissima che passa tra il pegno giudiziale romano e l'ipoteca giudiziale moderna, il Troplong non dubita di chiamar questa una istituzione del Diritto Francese: « On peut dire que cette hypothèque judiciaire est purement du Droit Français (1). » Fu infatti la Legge Ipotecaria del 9 messidoro anno 3 che attribuì alle sentenze la forza di dare ipoteca generale sui beni del debitore, e l'esempio fu imitato dalla Legge 11 brumaio anno 7, il cui articolo 3 era così concepito: « L'hypothèque existe.... pour une créance résultant d'une condamnation judiciaire. » Il Codice Napoleone altro non fece che accettare e sanzionare una istituzione che dalle due citate Leggi Ipotecarie anteriori ripeteva la sua origine. Il Troplong trova naturale una tale ipoteca derivante *ipso jure* dalle sentenze, e ne adduce i seguenti motivi: « D'après les principes généraux, lorsque les obligations d'une partie sont déclarées par un jugement, elles deviennent plus étroites et plus respectables; la condamnation forme en quelque sorte une obligation nouvelle qui sanctionne la première, convertit l'action primitive en action *judicati*, et rend ainsi meilleure la condition du créancier. Il est donc naturel que lorsqu'une décision judiciaire est venue fortifier le contrat ou l'obligation originaire, la créance se trouve investie d'une hypothèque qu'elle n'avait pas auparavant: *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (2). » Io non sono partigiano dell'ipoteca giudiziale, e la

(1) Art. 2123, n. 435 bis.
(2) Art. 2123, n. 435 bis.

credo un favore non *naturale,* ma esorbitante attribuito dal legislatore alle sentenze. Quale delle sentenze è lo scopo? Dirimere le private controversie, e definire i diritti litigiosi dei piatitori: ecco lo scopo delle sentenze. Questo scopo è chiaramente indicato nella L. 1, D. *De re judicata:* « Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronunciatione Judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. » Non è uffizio del Magistrato crear diritti in favore dell'uno o dell'altro dei litiganti, ma sì bene determinare e dichiarare i diritti già esistenti e ingiustamente contrastati. Quando alla sentenza si attribuisce, come fa il Codice Napoleone, la forza di produrre *ipso jure* una ipoteca sui beni del condannato, allora la sentenza crea in favore del vincitore un nuovo diritto che a lui prima non competeva, e, quel che più monta, un diritto lesivo del gius dei terzi, come quello che dà il diritto di prelazione sopra qualunque creditore chirografario comecchè anteriore di tempo. Tizio si confessa debitore di Cajo di 100 in un atto autentico senza ipoteca, e dopo qualche tempo prende a prestito un'egual somma da Paolo senza scrittura. Giunta l'ora del pagamento, Paolo che non ha in suo favore alcun documento, è costretto a provare il suo credito in giudizio, ed ottiene finalmente una sentenza che lo dichiara creditore di 100 e condanna Tizio al pagamento; e intanto aprendosi un giudizio di concorso ai beni del condannato, Paolo che fece la somministrazione dopo Cajo, e che non ebbe la prudente precauzione di affidare la prova del suo credito ad un documento, avrà diritto all'appoggio dell'ipoteca giudiziale di essere preferito a Cajo. Chi non vede che col sistema dell'ipoteca giudiziale Paolo, che facendo la somministrazione si contentò di essere un semplice creditore chirografario, acquista senza ragione un gius di preferenza lesivo del gius di un terzo e contrario al sacro principio dell'eguaglianza sanzionato dalla legge coll'articolo 2093, secondo il quale i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori? Non si può tacciare d'ingiusto il legislatore per avere accordato alcuni privilegi, essendo questi attribuiti alla qualità speciale di alcuni crediti meritevoli di un singolar favore. Molto meno gli si può fare rimprovero per avere concesse alcune ipoteche legali, perchè queste o sono attribuite, al pari dei privilegi, in favore di alcuni crediti degni di una particolare protezione, o sono un mezzo di difesa dato dall'equità

della legge al debole contro il forte, per supplire al difetto di quelle garanzie e cautele che certe persone non sono in grado di stipulare per patto. Ma la istituzione dell'ipoteca giudiziale viola senza ragione due fondamentali principj del Diritto. Offende primieramente l'anzidetto principio dell'eguaglianza, colla guida del quale deve esser fatta per volontà della legge la distribuzione fra i creditori del prezzo dei beni del comun debitore. Viola inoltre l'altro principio proclamato dalla L. 10, D. *De exceptionibus:* « Res inter alios judicata aliis non obest. » Imperocchè essendo le ipoteche, come i privilegi, cause legittime di prelazione fra i creditori, l'ipoteca giudiziale derivante dalle sentenze torna in pregiudizio della massa dei creditori del debitore condannato. Il debitore è sempre tenuto al pagamento dei suoi debiti, o siano questi chirografarj od ipotecarj, ed i creditori anche chirografarj possono domandare la spropriazione forzata dei beni immobili del loro debitore. Quando il debitore espropriato non ha che un solo debito, quando nel giudizio di espropriazione non comparisce che un solo creditore, questi non ha bisogno di valersi nè delle sue ipoteche, nè de' suoi privilegi, che gli sono del tutto inutili. L'esercizio dei privilegi e delle ipoteche suppone un conflitto tra più creditori, conflitto al quale rimane estraneo il debitore. È dunque vero che la ipoteca giudiziale, che la legge fa nascere da una sentenza, offende e pregiudica la massa dei creditori del debitore condannato che furono estranei al giudizio, creando in loro danno un titolo di preferenza non giustificato nè dalla necessità, nè da alcuna ragione di equità, nè dalla natura e qualità del credito. Non giova al Troplong per difendere l'ipoteca giudiziale citare le parole della L. 29, D. *De novat.,* — *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.* — Imperocchè le Leggi Romane dicono che coll'esercizio delle azioni giudiziali si fa migliore la condizione dell'attore, non già perchè questi acquisti nuovi diritti che prima non avea, ma perchè meglio conserva quelli che ha e li mette al sicuro dal pericolo della prescrizione. Infatti nella citata L. 29, di cui il Troplong ha tolte le parole or ora riportate, si fa il dubbio, se quella specie di novazione che ha luogo colla contestazione della lite estingua, come la vera novazione volontaria, i primitivi diritti; e Paolo risponde che la contestazione di lite non fa perdere i primi diritti, e che anzi migliora

la sorte dell' attore, perchè i diritti che potevano rimanere prescritti si perpetuano colla contestazione della lite. Ecco le parole della citata Legge 29: « Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem;* ut solet dici in his actionibus, quæ tempore vel morte finiri possunt. » E qui giova avvertire ancora che le parole — *neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem* — non indicano già un effetto derivante dalla sentenza del Magistrato, ma sì bene dalla semplice contestazione della lite, i cui vantaggi ci vengono in brevi parole compendiati dal Vinnio: « 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni Judicis; 2. actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent; 3. actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt; 4. litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum quod nostrum fuit; 5. excludit exceptiones dilatorias, et in universum actoris conditionem meliorem facit (1). » È dunque la semplice contestazione della lite anche prima della sentenza quella che rende migliore la condizione di chi fa valere in giudizio le proprie ragioni, e la rende migliore non già aggiungendo diritti che prima non competevano in pregiudizio e in danno dei terzi, ma salvando quelli che prima esistevano da morte e dal tarlo del tempo che tutte cose, e persino i diritti che sono enti incorporei, distrugge e consuma. Sia pur dunque la moderna ipoteca giudiziale, come dice il Troplong, una istituzione del Diritto Francese. Credo che gl' Italiani non vorranno invidiare, nè contrastare al Diritto Francese il merito di questa istituzione, e che piuttosto si dorranno che i Compilatori dei Codici e delle Leggi dei diversi Stati d' Italia, che portarono al Sistema Ipotecario del Codice Napoleone utilissime riforme, non abbiano avuto il coraggio di distruggere l' ipoteca giudiziale, riducendo a due sole categorie tutte le ipoteche.

(1) Comment. Instit., lib. 4, tit. 17, pr.

646. Quali sono le sentenze che producono l'ipoteca giudiziale? La risposta non può esser dubbia. Tutte le sentenze che portano una condanna danno ipoteca giudiziale. L'articolo 2123 dice chiaramente che l'ipoteca giudiziale deriva dalle sentenze *a favore di chi le ha ottenute.* Queste ultime parole mostrano chiaramente che la sentenza, da cui deriva l'ipoteca, deve portare una condanna qualunque à favore del vincitore; ed è appunto per garantire l'esecuzione di questa condanna, che la legge ha voluto attribuire alle sentenze la forza di produrre ipoteca sui beni del condannato (1). Se la ipoteca, come la definisce l'articolo 2114, è un diritto reale costituito *per la soddisfazione di un' obbligazione*, è chiaro che anche la ipoteca giudiziale non potrà aver vita, se la sentenza non imponga al vinto l'adempimento di una qualche obbligazione in favore del vincitore. Non importa che questa obbligazione sia di fare o di non fare, perchè anche le obbligazioni di fare o di non fare si risolvono nel risarcimento dei danni ed interessi in caso d'inadempimento per parte del debitore.

647. Il Persil insegna appoggiato anche all'autorità di altri Giureconsulti che l'ipoteca giudiziale risulta da qualunque sentenza che porta condanna, quand' anche il Giudice che l'ebbe proferita fosse incompetente: « Pour que l'hypothèque existe, il suffit qu'il y ait jugement, et l'incapacité même des Juges qui auraient prononcé ne suffirait pas pour supprimer cet effet (2). » Secondo l'opinione del Persil vi è ipoteca giudiziale, purchè vi sia sentenza. Sia pur vero ciò; ma è vero altresì che la L. 1, § 12, D. *Ad Senatus. Tertyl.*, non dà alcun valore ad una sentenza proferita da un Giudice incompetente: « Quod ait Senatus, *quæ judicata... sunt, rata maneant:* ita intelligendum est, ut judicata accipere debeamus ab eo, cui judicandi jus fuit. » Ed è un corollario di questa massima la disposizione della L. 20, D. *De jurisdictione:* « Extra territorium jusdiscenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit dicere. » Non devesi però dimenticare nella applicazione di questi principj delle Leggi Romane ora citate la massima stabilita da Ulpiano nella L. 1, D. *De jurisd.*, secondo la quale è lecito ai privati il prorogare la giurisdizione dei Magistrati incompetenti: « Si se subji-

(1) Troplong, art. 2123, n. 438. Persil, art. 2123, n. 1, e 4.
(2) Art. 2123, n. 3.

ciant aliqui jurisdictioni, et consentiant: inter consentientes cujusvis Judicis, qui Tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. « Conciliando pertanto il principio, secondo il quale sono nulle e di niun effetto le sentenze proferite da un Magistrato incompetente, coll' altro della giurisdizione prorogata, decideremo il caso, sciolto dal Persil in termini assoluti, colla seguente distinzione: O al Magistrato incompetente, che proferì la sentenza di condanna, fu debitamente prorogata la giurisdizione, e allora la sentenza è valida ed efficace, e quindi è valida ed efficace l' ipoteca giudiziale che ne deriva. O non ebbe luogo la proroga della giurisdizione del Magistrato incompetente, o la proroga non potè legalmente farsi, per essere il Magistrato colpito da una incompetenza assoluta e radicale, e in questo caso la sentenza proferita non può mai aver forza di sentenza in faccia alla legge, e quindi non può essere causa e sorgente di una ipoteca giudiziale. Colla scorta di questa distinzione appoggiata ai principj inconcussi del Diritto, è facile lo sciogliere i diversi casi che si fanno intorno a quest' argomento dagli Interpreti. Il Persil, p. e., venendo all' applicazione della massima assoluta da esso stabilita, dice che le sentenze proferite da un Giudice che nel giudicare passò i limiti della sua competenza producono l'ipoteca giudiziale. Converremo anche noi in questa conclusione del Persil, per la ragione data da Ulpiano nella L. 74, § 1, D. *De judiciis:* « Judex, qui usque ad summam certam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat. » Così dicasi di molti altri casi, che lungo sarebbe venire esaminando in dettaglio. Non sempre la giurisdizione dei Magistrati incompetenti può essere prorogata (1), e sarebbe fuor di luogo parlare minutamente di questa materia che tocca l' ordine dei giudizj. Allo scopo nostro basti fissare un principio generale, che ci sia di norma nella decisione dei casi particolari; e la distinzione che abbiamo fatta tra le sentenze proferite da Magistrati, ai quali fu legittimamente prorogata la giurisdizione, e quelle emanate da Magistrati incompetenti, ai quali non fu legittimamente prorogata la giurisdizione, ci fornisce appunto una regola generale e sicura per giudicare nei diversi casi che possono accadere in pratica, se una sentenza sia o no valida ed efficace

(1) Vinnii Select. Jur. Quæst., lib. 1, cap. 4.

comecchè proferita da un Magistrato incompetente, e quindi se da questa possa o no derivare l'ipoteca giudiziale.

648. Il Troplong (1) fa il dubbio, se l'ipoteca derivante da una sentenza che condannò Tizio a dare l' ipoteca speciale promessa al creditore con privata scrittura, sia giudiziale o convenzionale, e decide che una tale ipoteca è giudiziale. Io non credo che sia necessario riportare le ragioni che adduce il Troplong per sostenere la sua opinione. Imperocchè io non so come di questo punto possa formarsi oggetto di dubbio. E quali in questo caso saranno le conseguenze di questa ipoteca giudiziale? O il condannato non eseguisce la sentenza, ossia non dà l' ipoteca speciale promessa colla privata scrittura, e allora sarà tenuto all'emenda dei danni ed interessi verso il creditore per l' inadempimento della sua promessa, e l' ipoteca giudiziale derivante dalla sentenza servirà appunto a garantire un tale risarcimento. O il condannato eseguisce la sentenza e costituisce nei modi legali l' ipoteca speciale promessa colla scrittura, e in questo caso l' ipoteca giudiziale rimarrà estinta, e resterà al creditore a garanzia del suo credito non già l' ipoteca giudiziale, ma la sola ipoteca speciale costituitagli dal debitore in esecuzione della sentenza di condanna. Infatti le ipoteche si estinguono, come stabilisce l' articolo 2180, con lo scioglimento dell'obbligazione principale. Ora la obbligazione imposta dalla sentenza al condannato non era già di pagare il debito, ma di costituire la ipoteca speciale promessa colla privata scrittura. Quando dunque il debitore condannato ha costituita la ipoteca speciale dando piena esecuzione alla sentenza di condanna, la sentenza stessa ha già ottenuto tutto il suo effetto, la obbligazione derivante dalla medesima è rimasta interamente soddisfatta, e così l' ipoteca giudiziale non può più sussistere, essendo cessata la causa che dell' ipoteca stessa era il fondamento e lo scopo. Fa a questo proposito ciò che dice Ulpiano nella L. 4, § 7, D. *De re judicata:* « Solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit: verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa judicati descendit. »

Diverso sarebbe il caso, se il debitore avesse non semplicemente promessa, ma realmente costituita una ipoteca speciale in favore del suo creditore, e che intaccasse come nulla la ob-

(1) Art. 2123, n. 437 bis.

bligazione garantita dalla ipoteca. Se la sentenza respingendo le eccezioni opposte dal debitore, dichiara valido il credito e condanna il debitore al pagamento, in questo caso è chiaro che all'ipoteca speciale costituita dallo stesso debitore si aggiunge l'ipoteca giudiziale risultante dalla sentenza, e che questa ipoteca giudiziale sussiste sino a che il debitore abbia interamente pagato il suo debito (1).

649. Si fa dagli Interpreti del Diritto Francese la questione, se produca ipoteca giudiziale la sentenza, onde uno è condannato a dare un resoconto; e il Troplong dichiara che la maggior parte stanno per l'affermativa, e che questa opinione è stata anche confermata, non ostante le conclusioni contrarie dell'avvocato generale M. Giraud, da un Decreto della Corte di Cassazione, intorno alla quale lo stesso Troplong scrive le seguenti parole, che mi piace di registrare, onde i Giovani ben si persuadano che i Decreti della Corte di Cassazione di Parigi non sono dai Giureconsulti Francesi venerati come oracoli infallibili: « Au surplus, ses Arrêts ne sont que des Arrêts de rejet; or, on sait que la Cour de Cassation a une inclination très-prononcée pour les rejets, ce qui balance singulièrement l'autorité de ceux de ses Arrêts qui aboutissent à ce résultat (2). Fra quelli che fanno plauso alla massima confermata dalla Corte di Cassazione avvi l'illustre Persil, il quale così si esprime: « Un jugement ordonne à un administrateur de rendre compte: ce jugement emportera nécessairement hypothèque, parce que l'obligation de rendre compte comprend essentiellement celle d'en payer le reliquat (3). » Ma il Troplong (4), attenendosi all'opinione di Pigeau, nega poter derivare l'ipoteca giudiziale dalla sentenza che condanna un amministratore a dare il resoconto, e ciò per la seguente ragione: « Le jugement qui ordonne de rendre compte n'impose pas l'obligation de payer une somme; il impose seulement le devoir de fournir un compte. Le rendant est débiteur d'un compte et non débiteur de sommes, comme le dit M. Pigeau; qui sait si, par l'événement, il ne sera pas créancier? Or,

(1) Troplong, art. 2123, n. 437 bis. Art. 2161, n. 767.
(2) Art. 2123, n. 439.
(3) Art. 2123, n. 12.
(4) Art. 2123, n. 439.

l'hypothèque judiciaire ne s'attache qu'à l'obligation produite par le jugement. »

Confesso anch' io che la ragione addotta dal Persil non mi piegherebbe alla sua opinione. Imperocchè l' obbligo di pagare le somme che potranno risultare a carico dell' amministratore è diverso da quello direttamente imposto dalla sentenza di presentare il resoconto. Ma sebbene non mi persuada la ragione addotta dal Persil, tengo però con lui che debba nascere l' ipoteca giudiziale. Imperocchè l' amministratore o mandatario condannato alla presentazione del conto è tenuto ad ubbidire e a dare esecuzione alla sentenza, sia che dal conto possa risultare creditore o debitore; e quando una sentenza porta una condanna qualunque o di dare, o di fare, o di non fare, l' ipoteca, come già si disse, non può non aver luogo a carico del condannato a garanzia dell' adempimento dell' obbligo impostogli dalla sentenza. Ma d' altra parte non potrò mai ammettere, e in ciò sono d' accordo col Troplong, che una tale ipoteca debba stare a garanzia del pagamento delle somme che saranno per risultare dal conto a debito dell' amministratore. O l' amministratore condannato alla presentazione del conto non ubbidisce alla sentenza, e allora la sua obbligazione ineseguita si risolverà nell' obbligo dell' emenda dei danni ed interessi, e a questo caso credo applicabile la massima che stabilisce Ulpiano nella L. 7, pr. D. *De administ. et per. tut.*, contemplando il caso del tutore che non fa l' inventario delle sostanze del pupillo : « Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *Inventarium* appellatur, dolo fecisse videtur... Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest : quod ex jurejurando in litem æstimatur. » L' ipoteca giudiziale adunque derivante dalla sentenza assicurerà alla persona, in favore della quale l' amministratore fu condannato a dare il conto, l' emenda dei danni ed interessi, in cui si risolve l' obbligo inadempito della presentazione del conto. Ma se l' amministratore o mandatario adempirà l' obbligo impostogli dalla sentenza e presenterà il suo conto; in questo caso avendo la sentenza ottenuta piena esecuzione, ed avendo il condannato soddisfatto alla obbligazione, che era l' oggetto della condanna, l' ipoteca giudiziale rimane *ipso jure* estinta, quand' anche il mandatario o amministratore che presentò il conto risulti di qualche somma debitore. La semplice presentazione del conto

estingue l'obbligo derivante dalla sentenza, e per conseguenza l'ipoteca giudiziale che stava a garanzia di quest' obbligo non può più aver vita, qualunque sia il risultato del presentato conto. Dopo una tale presentazione avrà luogo la discussione del conto, e il debito dell'amministratore o sarà confessato da lui nel resoconto, e in questo caso non vi essendo il bisogno di una condanna, il debito stesso non potrà essere garantito da alcuna ipoteca giudiziale; o il conto darà luogo a delle contestazioni, e allora queste saranno giudicate dal Tribunale come le altre questioni in materia civile, conformemente a ciò che dispone l'articolo 473, e in questo caso l'ipoteca giudiziale nascerà dalla sentenza che mettendo fine a tali contestazioni insorte sul presentato resoconto condannerà l'amministratore al pagamento di qualche somma non ammessa da lui e non confessata nel conto. In quest' ultima ipotesi si verifica pienamente il caso a cui allude Paolo nella L. 46, § 5, D. *De admin. et per. tutorum:* « Tutelæ judicio tutor conventus edidit librum rationum, et secundum eum condemnatus solvit. » La qual legge mostra appunto come dopo la presentazione del conto l'amministratore possa essere condannato con sentenza al pagamento di qualche somma non confessata di cui rimase debitore verso il patrimonio amministrato, e l'ipoteca giudiziale nascerà allora da questa seconda sentenza di condanna.

650. Si fa anche dagli Interpreti del Diritto Francese la questione, se l'ipoteca giudiziale nasca da un decreto che nomina un curatore ad una eredità vacante, e su questo punto il Persil (1) ed il Troplong (2) sono d'accordo nel sostenere che da un simile decreto non può sorgere l'ipoteca giudiziale. Il Troplong critica anzi severamente e con molta eloquenza l'opinione contraria del Dalloz e un decreto della Corte Reale di Parigi del 12 dicembre 1833, proferito malgrado gli sforzi dell'illustrè Dupin il giovine, e si duole che la Corte Reale di Parigi, nel cui decreto al giudizio di lui trovasi *une étrange confusion d'idées*, abbia persino dimenticati i principj elementari della scienza: « Où en sommes-nous, si les vérités les plus élémentaires du Droit se trouvent ainsi compromises? » Credo anch'io che all'opinione del Dalloz e alla massima abbracciata dalla Corte Reale di Parigi

(1) Art. 2123, n. 13.
(2) Art. 2123, n. 440.

debba prevalere quella del Persil e del Troplong. Infatti come mai una ipoteca giudiziale può nascere da una sentenza che non porta alcuna condanna a carico del curatore? L'ipoteca giudiziale senza condanna non può assolutamente concepirsi. Ma i sostenitori di questa ipoteca giudiziale dicono che il decreto che nomina il curatore contiene virtualmente e implicitamente l'obbligo di dare il resoconto e di pagare il debito d'amministrazione. Mi par questo un errore. L'obbligo di dare il conto è una conseguenza dell'atto della accettazione della cura. Prima di questa accettazione il curatore nominato col decreto del Magistrato non ha e non può avere l'obbligo di dare il conto. Ulpiano nella L. 6, § 1, D. *Mandati*, domanda se il mandatario che amministrò il patrimonio del mandante debba convenirsi in giudizio coll'azione *negotiorum gestorum* o coll'altra *mandati*, e risponde che deve essere convenuto coll'azione *mandati*, e ciò per la seguente ragione: « Nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit. » Ecco come le obbligazioni del mandatario dipendono dalla accettazione del mandato. Prima di questa accettazione il mandatario, non ostante la nomina fatta dal mandante, non ha alcuna obbligazione, e dal giorno soltanto della accettazione comincia in lui la risponsabilità, come dichiara la L. 22, § 11, D. *Mandati:* « Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet, nisi renunciatum sit. » L'accettazione del mandatario è il vero momento, in cui cominciano le obbligazioni di lui (1). Ciò che dicesi del mandatario ripeter devesi del curatore, sebbene la nomina sia fatta con decreto giudiziale, perchè anche l'uffizio di curatore ai beni è volontario, come dichiara la L. 2, § 8, D. *De curat. bon. dando:* « Et Cassius scribit: *neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem.* » È dunque chiaro che non dal decreto giudiziale di nomina, ma dalla accettazione del curatore nasce in lui l'obbligo di amministrare, di dare il conto e di pagare il debito d'amministrazione. Ma quand'anche l'uffizio di curatore non fosse volontario, e l'accettazione fosse necessaria, sarebbe sempre vero che gli obblighi inerenti al detto uffizio dipenderebbero dalla accettazione comecchè non libera. Perciò i Romani trovarono il fondamento e la causa dell'azione di tutela, che è pure un onere pubblico e necessario, in un quasi contratto che

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 27, pr.

la legge suppone essere intervenuto tra il tutore e il pupillo (1). Ma suppongasi pure che il curatore giudiziale sia obbligato ad assumere la cura. Ebbene, anche ciò supposto, l'obbligazione di assumere la cura imposta al curatore dal decreto di nomina rimarrà pienamente soddisfatta coll'atto di accettazione, e per conseguenza verrà meno e si estinguerà l'ipoteca giudiziale che dal decreto di nomina avesse potuto derivare a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione risultante dallo stesso decreto, ossia a garanzia della ingiunta accettazione. O sia volontario o necessario l'uffizio di curatore, l'obbligo di dare il resoconto e di pagare il debito d'amministrazione non è un obbligo imposto dal decreto di nomina, ma è sempre in tutti i casi una inevitabile conseguenza della accettazione, o volontaria o necessaria, della cura, il cui uffizio trae seco di sua natura e per volontà di legge l'obbligo del resoconto e del pagamento delle somme di cui il curatore rimarrà debitore in causa della amministrazione. Se il decreto di nomina a curatore portasse l'ipoteca giudiziale a garanzia del patrimonio amministrato, sarebbe veramente illusoria la disposizione dell'articolo 2121, che assoggetta all'ipoteca legale i beni dei soli tutori, perchè i beni dei curatori, sebbene esenti dall'ipoteca legale, sarebbero in forza del decreto di nomina sottoposti ad una ipoteca non meno generale quale si è appunto l'ipoteca giudiziale. Vi sarebbe ancora un'altra anomalia in ciò che, mentre l'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti a carico dei tutori comincia giusta l'articolo 2135 dal giorno in cui la tutela fu accettata, l'ipoteca giudiziale al contrario, della quale si vorrebbe gravare il patrimonio di un curatore nominato ai beni, comincerebbe non dal giorno della accettazione della cura, ma da quello del decreto di nomina, dal quale trarrebbe la sua esistenza.

651. Può in alcuni casi, come risulta dall'articolo 2040, una persona essere condannata dal Giudice a dare una sicurtà. Un tale decreto produrrà ipoteca a carico del condannato? Anche su questo punto non sono tutti d'accordo i Dottori. Ma io tengo col Troplong (2) che nasca da un tale decreto l'ipoteca giudiziale. Imperocchè il decreto, di cui si parla, porta una vera condanna, del cui inadempimento il condannato è risponsabile col-

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 28, § 2, pr.
(2) Art. 2123, n. 441.

l'emenda dei danni ed interessi. Non può dunque dal decreto non derivare l'ipoteca giudiziale, colla quale rimane appunto garantito un tale risarcimento. Ma se il condannato darà esecuzione alla sentenza col dare la sicurtà, o non potendo trovare una sicurtà sarà ammesso conformemente all'articolo 2041 a dare invece un pegno sufficiente ad assicurare il credito, nell'uno e nell'altro di questi due casi l'ipoteca giudiziale verrà meno e rimarrà estinta, avendo il condannato adempito all'obbligo impostogli dalla sentenza.

652. Secondo l'articolo 2123 l'ipoteca giudiziale non deriva dalle sentenze soltanto, ma altresì dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata. Quest'articolo 2123 serve d'interpretazione all'articolo 2117, secondo il quale l'ipoteca giudiziale proviene dalle sentenze o *dagli atti giudiziali*. Alle parole pertanto *atti giudiziali*, che leggonsi nell'articolo 2117, non deve e non può darsi una troppo larga interpretazione incompatibile colla disposizione dell'articolo 2123, ma devono le medesime necessariamente riferirsi alle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata (1). Deve perciò tenersi che le transazioni fatte avanti il Giudice Conciliatore o qualsiasi altro Magistrato non potranno mai partorire una ipoteca giudiziale, comecchè vestano il carattere di atti giudiziali (2). Dicasi lo stesso delle confessioni fatte in giudizio dal reo convenuto. È ben vero che la L. 3, D. *De confessis*, proclama il principio — *Confessus pro judicato habetur;* — ma ciò vuol dire che il Magistrato non deve più proferire sentenza, quando il reo convenuto ha confessato il buon diritto dell'attore, perchè il reo convenuto che confessa, *quodammodo sua sententia damnatur*, come dice Paolo nella L. 1, D. *De confessis*. È fuori di dubbio che il reo che confessa non è sforzato a pagare dall'autorità del Magistrato, e perciò la L. 61, D. *De re jud.*, distingue il reo che confessa dal reo condannato: « His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur. » E siccome l'ipoteca giudiziale deriva soltanto, siccome si è detto, dalle sentenze e dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni

(1) Troplong, art. 2123, n. 438.
(2) Troplong, art. 2123, n. 448. Duranton, n. 336. Persil, art. 2123, n. 3.

apposte alle private scritture; così è chiaro che la confessione giudiziale del reo convenuto non potrà mai dare all'attore, in favor del quale la confessione fu fatta, l'ipoteca giudiziale; e ciò perchè la confessione disarma l'attore, impedisce, come dice il Vinnio (1), la contestazione della lite — *qui hosti se dedit, certare dici non potest,* — e toglie al Magistrato la facoltà di giudicare, ossia di emanare quell'atto, al quale la legge attacca l'ipoteca giudiziale.

653. L'ipoteca giudiziale, come risulta dall'articolo 2123, deriva dalle sentenze a favore di chi le ha ottenute. Perciò anche le sentenze criminali che condannano il delinquente all'emenda dei danni ed interessi a favore della parte lesa daranno immediatamente l'ipoteca giudiziale al pari delle sentenze civili (2). Nei giudizj e nelle sentenze criminali non si tratta solo della pena di cui il reo si è reso meritevole in faccia alla offesa società, ma ancora *de re familiari agitur*, come dice la L. 4, D. *De pub. jud.*, e ciò avviene quando il delitto torna in danno di alcuno. Perciò tra le cause delle obbligazioni Gajo nella L. 1, pr. D. *De ob. et act.*, annovera anche i delitti; e la L. un., C. *Quando civ. actio crim.*, accorda alla parte che fu vittima dell'altrui delitto il diritto di ripetere l'emenda dei danni ed interessi coll'azione civile e coll'azione criminale: « A plerisque Prudentium generaliter definitum est, quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri. » Quando adunque la sentenza criminale, oltre la pena, condanna il reo all'emenda dei danni verso l'offeso, questi avrà tutto il diritto di valersi dell'ipoteca giudiziale, perchè in questa parte della sentenza che tocca il risarcimento del danno all'offeso *de re familiari agitur.*

654. Insegna Ulpiano nella L. un., pr. D. *Nihil innov. ap.*, che durante il giudizio di appellazione non deve farsi alcuna innovazione, onde non sia pregiudicato il diritto dell'appellante. Ma siccome l'articolo 2123 fa nascere l'ipoteca giudiziale dalle sentenze definitive o provisionali, e l'inscrizione della ipoteca giudiziale non è un principio di esecuzione, ma una semplice misura di conservazione che non pregiudica al merito della questione da decidersi nel giudizio di appellazione, così deve tenersi per certo che l'ipoteca giudiziale nasce non dal giorno in cui la

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 4, tit. 17, pr.
(2) Duranton, n. 335.

sentenza acquistò forza di cosa giudicata, ma dal giorno in cui fu proferita, e che quindi il vincitore che l'ottenne in favore può accenderne la inscrizione non solo durante il giudizio di appellazione, ma anche prima che la sentenza sia stata intimata alla parte contraria (1). Se non che una tale ipoteca seguirà le vicende della sentenza, da cui nasce, e rimarrà valida e ferma, se la sentenza sarà confermata nel giudizio di appello, e al contrario perderà ogni forza e valore, se la sentenza sarà rivocata o annullata. Il vincitore che ha ottenuta una sentenza favorevole nel giudizio di prima istanza si può mettere nel numero dei creditori condizionali, i quali possono anche in pendenza della condizione inscrivere i loro crediti, come risulta dagli articoli 2148 e 2163; e la condizione che tiene in sospeso il suo credito e la sua ipoteca dipende appunto dall'esito incerto della sentenza di appello. Che se la sentenza proferita in seconda istanza riformerà la sentenza prima, accordando alla parte appellata minori diritti, anche in questo caso potrà l'inscrivente giovarsi dell'ipoteca inscritta all'appoggio della prima sentenza, in forza del principio stabilito dalla L. 110, pr. D. *De reg. Juris:* « In eo quod plus sit, semper inest, et minus (2). »

655. Non contenti i Compilatori del Codice Napoleone di avere sanzionata l'ipoteca giudiziale derivante dalle sentenze, hanno voluto estenderla altresì alle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata, rendendo così pressochè illusorie le disposizioni degli articoli 2127 e 2129, il primo dei quali dispone che l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con un atto stipulato in forma autentica, ed il secondo che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale o nell'atto autentico costitutivo del credito, o in un atto autentico posteriore dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati. Si è fatto gran rumore di queste disposizioni, certamente saggissime e meritevoli di essere grandemente encomiate, come quelle che hanno fatto cessare la malaugurata ipoteca generale che anteriormente al Sistema Ipotecario moderno derivava dalla semplice obbligazione dei beni. Ma è fuori di dubbio che la legge ha dato ella stessa il mezzo e la facoltà di eluderle, attri-

(1) Troplong, art. 2123, n. 443 bis e n. 443 ter. Duranton, n. 338.
(2) Troplong, art. 2123, n. 443 ter. Persil, art. 2123, n. 2.

buendo l'ipoteca giudiziale alle ricognizioni o verificazioni giudiziali delle private sottoscrizioni. E infatti nel più dei casi i somministratori non si contentano che il debitore dia loro una ipoteca speciale sopra uno o più fondi, e preferendo la più larga e sicura garanzia di una ipoteca generale sopra i beni presenti e futuri del debitore, anche per torre a sè la noja e la difficoltà di un minuto esame sullo stato delle ipoteche gravitanti sui fondi offerti dal debitore, somministrano i capitali con semplice privato chirografo, e fatta riconoscere in giudizio la firma del debitore accendono all'appoggio dell'articolo 2123 l'ipoteca giudiziale generale sopra i beni presenti e futuri. Per tal modo il benefizio del nuovo Sistema, che il legislatore ha preteso di fondare non solo sulla pubblicità, ma altresì sulla specialità delle ipoteche, è una menzogna, essendo in facoltà dei contraenti di far frode alla disposizione dell'articolo 2129 ricorrendo all'ipoteca generale giudiziale. Che vale infatti che il legislatore dichiari che non vi è ipoteca convenzionale valida se non è dichiarata specialmente in un atto autentico la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati, se i contraenti possono impunemente ridersi di questa disposizione e della nullità minacciata dalla legge, sostituendo all'ipoteca speciale una generale, all'atto autentico una privata scrittura da riconoscersi in giudizio? E il legislatore non può ai disprezzatori degli articoli 2127 e 2129, che sono uno dei due cardini su cui si aggira il nuovo Sistema, fondato sulla specialità e sulla pubblicità, minacciare la pena della L. 5, C. *De leg.*, inflitta a coloro che contrattano contro la volontà della legge. Imperocchè l'efficacia e l'utilità delle citate disposizioni vengono con una inesplicabile contraddizione quasi interamente annientate dallo stesso legislatore, il quale suggerisce e dà in mano ai privati un rimedio sicuro per creare con tutta legalità una ipoteca generale. La sconvenienza della disposizione dell'articolo 2123, che fa nascere l'ipoteca giudiziale dalle ricognizioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte alle private scritture, si manifesta viepiù ove si ponga mente all'articolo 1322, il quale dispone che la scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta e fra i loro eredi ed aventi causa. La ricognizione giudiziale adunque non fa altro, come risulta dall'articolo ora

citato, che dare alla privata scrittura la stessa fede e la stessa forza di un atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta e fra i loro eredi. Ora, perchè un documento autentico non può produrre ipoteca, se non è questa espressamente convenuta fra le parti, e la costituzione dell'ipoteca, comecchè fatta in un atto autentico, non è valida ed efficace, se non è dichiarata specialmente la natura e la situazione degli immobili ipotecati, quando poi una scrittura privata che colla ricognizione giudiziale non ha acquistato altro che la stessa fede di un atto autentico, dà *ipso jure* senza bisogno di convenzione una ipoteca generale sopra i beni del debitore presenti e futuri? Tizio con atto autentico si confessa debitore di lire mille da restituirsi il primo gennaio 1850 a favore di Cajo, il quale diviene un semplice creditore chirografario, non essendogli stata costituita alcuna ipoteca. Non guari dopo lo stesso Tizio con privata scrittura si confessa debitore di Sempronio di lire 500 da restituirsi alla stessa epoca ossia il 1° gennaio 1850. La scrittura onde risulta il credito di Sempronio non ha la stessa forza ed efficacia del rogito di Cajo, e perciò il creditore Sempronio fa il giudizio di ricognizione di firma, dopo il quale la detta scrittura in forza della disposizione dell'articolo 1322 acquista lo stesso valore che ha il rogito di Cajo. Ebbene, dopo questo semplice giudizio di ricognizione di firma, che ha innalzata la scrittura al grado di documento autentico, Sempronio avrà una ipoteca generale sopra tutti i beni presenti e futuri di Tizio, e aprendosi un giudizio di concorso sarà preferito a Cajo, il quale, per essere dispensato dalla necessità di fare il giudizio di ricognizione in grazia della autenticità del documento onde risulta il credito, è rimasto semplice creditore chirografario. Spieghi chi ha acume d'ingegno queste anomalie e difenda i Compilatori del Codice Napoleone; le mie povere forze non sono da tanto!

Quando si tratta di obbligazione pura e semplice risultante da privata scrittura, siccome in tal caso *et cessit et venit dies*, come dice Ulpiano nella L. 213, D. *De verb. sign.*, così è lecito al creditore procedere al giudizio di ricognizione quando gli talenta, perchè ciò che è promesso puramente *confestim peti potest*, come stabilisce Giustiniano (1). Ma nacque il dubbio, se nel caso di obbligazione a tempo, quando cioè *cessit dies*, *sed*

(1) Instit., lib. 3, tit. 16, § 2.

nondum venit, come dice la citata L. 213, potesse il creditore prima dello spirare del tempo convenuto fare il giudizio di ricognizione di firma, e così ottenere la ipoteca giudiziale a garanzia del credito. A stretto rigore di Diritto al creditore, che prima della scadenza del debito fa il giudizio di ricognizione di firma, non potrebbe negarsi il diritto d'inscrivere efficacemente la ipoteca giudiziale, come quella che deriva dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte alle scritture private, senza che la legge faccia distinzione tra le ricognizioni fatte prima e quelle fatte dopo la scadenza della obbligazione. Così infatti avea deciso la Corte di Cassazione con diversi decreti (1). Ma questa giurisprudenza, comecchè conforme ai rigorosi principj del Diritto, fu riconosciuta fatale al credito dei debitori che non avevano volontariamente costituita alcuna ipoteca, perchè assoggettava ad ipoteca loro malgrado i loro beni, e, quel che è peggio, ad ipoteca generale, prima che fosse suonata l'ora in cui avessero potuto essere legittimamente citati al pagamento. Il Troplong (2) e il Duranton (3) deplorano gli effetti tristissimi di questa giurisprudenza appoggiata per altro al testo dell'articolo 2123, e dicono che per cessarli fu bisogno di promulgare una Legge, quella cioè del 3 settembre 1807, alla quale i lodati Giureconsulti attribuiscono il merito di avere posto rimedio agli inconvenienti che erano una inevitabile conseguenza della citata disposizione dell'articolo 2123. La Legge del 3 settembre 1807 dispone che ogni qualvolta sarà emanato un decreto dietro un'istanza di ricognizione di scrittura d'obbligo con firma privata, fatta prima della scadenza o dell'esigibilità del detto obbligo, non potrà essere presa nessuna inscrizione ipotecaria all'appoggio di detto decreto, se non se per mancanza di pagamento del debito dopo la scadenza o l'esigibilità di esso, a meno che non sia stata fatta una stipulazione a ciò contraria (4). Questa Legge, come ammettono tutti gli Interpreti, non nega il gius dell'ipoteca giudiziale alle ricognizioni fatte in giudizio

(1) Troplong, art. 2123, n. 443. Art. 2125, n. 470 bis. Grenier, tom. 1, n. 198.
(2) Art. 2123, n. 443.
(3) N. 339.
(4) Vedi Bollettino delle Leggi, Decreti Imperiali e Deliberazioni della Giunta di Toscana, Vol. VII, pag. 455.

prima della scadenza della obbligazione, ma ne sospende l'efficacia sino a che non sia venuta l'epoca della esigibilità, e vieta al creditore di accenderne prima l'inscrizione. Ma scorso il termine fissato nella scrittura al pagamento del debito, il creditore ha tutto il diritto, concessogli dalla lodata Legge, di giovarsi dell'ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione giudiziale fatta prima della scadenza, e di inscriverla efficacemente (1). È certo che questa Legge ha in parte migliorata la disposizione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone, perchè in forza di questa Legge il debitore che ha confessato il debito con privato scritto senza costituzione d'ipoteca non può più temere il pericolo e il danno di una ipoteca giudiziale inscritta con sorpresa dall'indiscreto creditore prima dell'epoca fissata al pagamento del debito. Il creditore che non stipulò alcuna ipoteca convenzionale nel modo stabilito dalla legge, e rimettendosi alla lealtà e buona fede del debitore accordò al medesimo un termine più o meno lungo al pagamento del debito, contentandosi di essere nel numero dei creditori chirografarj, non può prima dello spirare del termine volontariamente concesso al debitore godere dell'ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione della sottoscrizione anticipatamente fatta in giudizio (2). Prima della scadenza del debito il gius dell'ipoteca giudiziale, non ostante la ricognizione giudiziale della scrittura, è un gius in potenza, per usare il linguaggio dei Filosofi, e passa dalla potenza all'atto venuta l'epoca della esigibilità, potendo allora soltanto essere efficacemente inscritto. È questo il vero spirito della lodata Legge del 3 settembre (3). Ma sebbene questa Legge abbia in parte migliorata la disposizione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone togliendo al creditore la facoltà di accendere per sorpresa una ipoteca giudiziale prima della scadenza del debito, è ben lungi dall'avere rimediato a tutti gli inconvenienti a cui lasciava luogo la detta disposizione dell'articolo 2123. Uno di questi inconvenienti, lamentati dallo stesso Troplong (4), è la facoltà lasciata ai privati di eludere la specialità dell'ipoteca convenzionale voluta dal legislatore: « Il y avait encore à cela un autre vice; c'est qu'on

(1) Persil, art. 2123, n. 9.
(2) Troplong, art. 2123, n. 443.
(3) Grenier, tom. 1, n. 198.
(4) Loc. cit.

éludait la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. » Questo inconveniente è forse cessato colla disposizione della Legge del 3 settembre? No. Questo inconveniente è inerente all' ipoteca giudiziale derivante dalla semplice ricognizione delle scritture private fatta in giudizio. Imperocchè, sebbene una tale ipoteca acquisti forza e possa inscriversi dopo soltanto la scadenza del debito, come vuole appunto la citata Legge del 3 settembre, è però sempre vero che all' appoggio di una semplice scrittura privata, nella quale non fu stipulata e non potè stipularsi alcuna ipoteca, il creditore acquista pel solo fatto della giudiziale ricognizione una ipoteca generale, malgrado e direi anzi a dispetto della proibizione del legislatore che vieta e dichiara nulla l' ipoteca convenzionale generale sopra i beni presenti e futuri; ed è pur sempre vero che il creditore, il cui credito risulta da una privata scrittura, può acquistare diritti non concessi al creditore, il cui credito risulta da un pubblico documento, sebbene la giudiziale ricognizione della privata scrittura metta questa semplicemente al livello di un autentico documento. Questo gravissimo inconveniente, che la Legge del 3 settembre ha lasciato sussistere, è avvertito anche dal Duranton (1), non ostante che questo profondo Giureconsulto avesse detto che la Legge del 3 settembre fece ragione ai giusti richiami mossi contro la disposizione dell' articolo 2123. Ma di questo inconveniente, che è, come ho detto, inerente all' ipoteca giudiziale che l' articolo 2123 fa nascere dalla giudiziale ricognizione delle scritture private, non può farsi rimprovero alla Legge del 3 settembre. Ciò, di cui la Legge del 3 settembre può e merita di essere giustamente rimproverata, è la facoltà lasciata ai contraenti di potere con un patto rendere vana ed inefficace la disposizione della stessa Legge, la facoltà cioè di poter convenire che si possa accendere l' inscrizione dell' ipoteca giudiziale anche prima della scadenza del debito. Quando è stato stipulato tra il debitore e il creditore il detto patto, permesso e autorizzato dalla stessa Legge del 3 settembre, la proibizione fatta al creditore di accendere l' inscrizione dell' ipoteca giudiziale prima della scadenza del debito non può più aver luogo, e il creditore ha tutto il diritto di rendere efficace colla immediata inscrizione l' ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione fatta in giudizio prima di

(1) N. 339.

detta scadenza. Poteva il legislatore più solennemente autorizzare e legittimare il modo di eludere la specialità dell' ipoteca convenzionale? Fra i motivi che dettarono la disposizione della detta Legge fuvvi quello appunto d' impedire che si eludesse la specialità dell' ipoteca convenzionale. Riporterò le stesse parole del Grenier, il quale indica i due motivi che animarono il legislatore a promulgare la detta Legge: « Un des motifs de la Loi est que le débiteur qui contracte une obligation à terme, est présumé n'avoir pas voulu se soumettre à une hypothèque: cette présomption ne cesse que par la stipulation contraire. Il y a eu encore un autre motif; c'est que le législateur a voulu empêcher qu'on éludât la spécialité attachée à l'hypothèque conventionnelle. On aurait traité sous seing privé; et, par l'effet d'un jugement de reconnaissance, le créancier aurait obtenu une hypothèque générale sur les biens du débiteur (1). » Ora, il legislatore permettendo il patto, onde il debitore concede la facoltà al creditore d' accendere prima della scadenza del debito l' ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione della scrittura, non autorizza e non suggerisce egli stesso il modo di eludere la specialità dell' ipoteca convenzionale? Infatti quando il creditore vuole ottenere una ipoteca generale a dispetto della legge che vuole la specialità dell' ipoteca convenzionale, riesce pienamente nel suo intento attenendosi all' espediente insegnatogli dalla Legge del 3 settembre, e quindi invece di affidare la prova del suo credito ad un pubblico documento fa la somministrazione con una semplice scrittura privata, nella quale si fa concedere dal debitore la facoltà d' inscrivere anche prima della scadenza del debito l' ipoteca generale derivante dalla ricognizione giudiziale della scrittura. Non contraddirò al Duranton, il quale dice (2), che l' ipoteca non ostante il detto patto è sempre una ipoteca giudiziale, come quella che deriva dalla ricognizione fatta in giudizio della privata scrittura. Ma è sempre vero che l' ipoteca giudiziale inscritta prima della scadenza del debito diventa efficace ed utile in grazia di una speciale convenzione stipulata tra il debitore ed il creditore, e credo che nessuno potrà sostenere che questa convenzione, autorizzata dalla Legge del 3 settembre, sia in armonia colla specialità delle ipoteche convenzionali voluta e solen-

(1) Tom. 1, n. 198.
(2) N. 339.

nemente proclamata dal legislatore nel nuovo Sistema Ipotecario.

656. La Legge del 3 settembre 1807, di cui abbiamo parlato or ora, fonda una massima generale, e stabilisce altresì una eccezione alla stessa massima generale. La massima generale è che il creditore non può accendere efficacemente l'inscrizione dell'ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione fatta in giudizio della scrittura onde risulta il suo diritto, se non dopo l'esigibilità del credito. L'eccezione è che il creditore può anche prima di detta esigibilità accendere efficacemente l'inscrizione dell'ipoteca giudiziale derivante dalla ricognizione fatta in giudizio, quando con un patto speciale gliene fu concessa la facoltà dal debitore. Ma il Persil (1) crede che un' altra eccezione debba farsi alla massima generale stabilita dalla detta Legge 3 settembre, sebbene di questa seconda eccezione la Legge stessa non faccia parola. Fonda questa seconda eccezione nell'articolo 1188 del Codice Napoleone, il quale dispone che il debitore non può più reclamare il benefizio del termine quando per fatto proprio ha diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore. Credo anch' io fondatissima questa seconda eccezione, e virtualmente compresa nella disposizione della detta Legge 3 settembre, lo scopo della quale è d'impedire che il creditore possa acquistare una ipoteca giudiziale prima di aver diritto ad esigere il credito. L'interpretazione della Legge fatta secondo il suo spirito giustifica pienamente l'opinione del Persil, perchè quando il termine fissato nella scrittura al pagamento non è più la misura della esigibilità, e si ha per non apposto, quando il creditore, verificandosi il caso contemplato nell'articolo 1188, ha diritto di esigere il credito anche prima del termine convenuto, non può non competere allo stesso creditore il diritto d'inscrivere l'ipoteca giudiziale derivante dalla giudiziale ricognizione della scrittura, non potendo più il debitore invocare il benefizio del termine, ed essendo il debito esigibile come se fosse scaduto il termine fissato per patto. Se non che verificandosi il caso dell'articolo 1188, il creditore non potrà prima della scadenza inscrivere efficacemente l'ipoteca giudiziale, se non sarà stato con decreto del Tribunale autorizzato ad esigere il credito.

657. L'articolo 2123 fa nascere l'ipoteca giudiziale dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni

(1) Art. 2123, n. 10.

apposte alle private scritture. È perciò chiaro che le ricognizioni fatte avanti Notaro non potranno mai produrre l'ipoteca giudiziale (1). Ma può farsi il dubbio, se nascerà l'ipoteca giudiziale allora quando il debitore dichiara in giudizio di riconoscere la propria sottoscrizione. Questo dubbio è stato tolto da una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 29 maggio 1821, la quale ha stabilito che siccome l'articolo 2123 non accorda l'ipoteca giudiziale se non alle scritture munite di sottoscrizione giudizialmente recognita, così non basta per produr l'ipoteca la sola dichiarazione di riconoscerla emessa dalla parte, ma vuolsi l'autorità del Giudice, il quale o dichiari per recognita la scrittura, o dia atto alla parte della recognizione fatta dallo scrivente, non producendo la sola confessione del debito fatta in giudizio ipoteca giudiziale a favore del creditore. E questa stessa Decisione ha pur deciso un altro punto, cioè che secondo l'articolo 2123 non si ammette l'ipoteca giudiziale in base di una scrittura portante una semplice croce o altro segno fatto da un illetterato, e ciò perchè il detto articolo non l'accorda se non alle scritture munite di vera sottoscrizione giudizialmente recognita (2).

658. Le stesse distinzioni che abbiamo fatto qui sopra (3) sulla competenza dei Magistrati quando si tratta di sentenze, devono farsi riguardo alle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte alle scritture private. E però le ricognizioni fatte avanti un Giudice incompetente, a cui fu legalmente prorogata la giurisdizione, produrranno l'ipoteca giudiziale; ma non potranno produrla le ricognizioni o verificazioni fatte avanti un Giudice incompetente, a cui non fu debitamente prorogata la giurisdizione (4).

659. È questione fra gl'Interpreti del Diritto Francese, se il creditore chirografario di una successione possa in appoggio di una sentenza ottenuta dopo la morte del debitore acquistare l'ipoteca giudiziale sui beni della stessa successione. Bisogna distinguere, come fa il Troplong (5), l'eredità accettata col beneficio del-

(1) Persil, art. 2123, n. 7.

(2) Collez. delle Massime di Dir. stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tom. 1, pag. 188, Dec. 229.

(3) N. 647.

(4) Troplong, art. 2123, n. 446.

(5) Art. 2123, n. 459 bis.

l'inventario da quella accettata puramente e semplicemente. Quando si tratta di una eredità benefiziata o di una eredità giacente, la eredità stessa è quella che rappresenta il defunto senza alcun riguardo alla persona dell'erede, ed è allora che trova applicazione la regola stabilita dalla L. 31, § 1, D. *De hered. instituendis:* « Creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. » Se si tratta pertanto di una eredità benefiziata, è chiaro che il creditore chirografario, qualunque sia la sentenza ottenuta in favore, non può acquistare l'ipoteca giudiziale in forza della generale disposizione dell'articolo 2146, il quale dichiara nulle e di nessun effetto le inscrizioni accese contro le eredità benefiziate. E siccome la disposizione del detto articolo 2146 per identità di ragione si applica altresì alle eredità giacenti (1); così neppure a carico di una eredità giacente il creditore chirografario potrà acquistare l'ipoteca giudiziale. Nel caso di eredità benefiziata o giacente, l'eredità stessa, la quale rappresenta il defunto, si considera come una persona, giusta la massima stabilita nella L. 22, D. *De fidejussoribus:* « Hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas. » Ma quando la eredità fu dall'erede adíta puramente e semplicemente, allora non è più la eredità considerata come persona quella che rappresenta il defunto, ma la persona del defunto viene rappresentata dall'erede che subentra in tutti i diritti ed obblighi dello stesso defunto, giusta il principio stabilito dalla L. 37, D. *De adquir. vel om. hereditate:* « Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit. » La adizione pura e semplice della eredità fa sì che la persona del defunto s'immedesima, dirò così, in quella dell'erede; che il patrimonio del defunto si confonde talmente con quello dell'erede che l'uno e l'altro costituiscono un solo ed unico patrimonio indistinto; e che i creditori chirografarj del defunto e i creditori personali dell'erede formano una sola massa da pagarsi per contributo col prezzo ricavato dalla vendita del patrimonio dell'erede, patrimonio, come si è detto, composto e formato di due elementi già insieme confusi, cioè dei beni ereditarj e dei beni particolari dello stesso erede. Ecco la conseguenza che deriva dall'adizione pura e semplice della eredità; e fu appunto per tener distinta la persona del defunto da quella del-

(1) Persil, art. 2146, n. 15.

l'erede, e per impedire la confusione dei diritti ed obblighi dell'uno e dell'altro, ossia la confusione dei patrimonj, che furono introdotti i due rimedj dell'inventario e della separazione, il primo accordato da Giustiniano agli eredi colla L. 22, C. *De jure delib.;* l'altro concesso dalla L. 1, D. *De separationibus,* ai creditori del defunto ed ai legatarj. Quando adunque la eredità del debitore fu adíta puramente e semplicemente, l'ente morale della successione scomparisce, e il creditore del defunto ha per debitore l'erede, e contro l'erede deve rivolgere le stesse azioni onde avrebbe agito contro il defunto debitore (1). E quando il creditore ha ottenuta una sentenza che condanna l'erede al pagamento di un debito del defunto, questa sentenza non può non produrre gli effetti che l'articolo 2123 attribuisce alle sentenze, ossia l'ipoteca giudiziale sopra gl'immobili presenti e futuri del condannato. Dunque tutti gl'immobili dell'erede condannato qual vero debitore, o a lui siano pervenuti dall'adíta eredità o da qualunque altra fonte, rimarranno colpiti dall'ipoteca giudiziale come quella che senza riguardo all'origine e provenienza dei beni si estende a tutti gl'immobili del debitore condannato presenti e futuri. Mi pare questa verità così evidente che mi reca non poca sorpresa che il Grenier e un Decreto della Corte di Cassazione del 19 febbraio 1818 abbiano potuto sostenere che i creditori chirografarj del defunto, nel caso di eredità puramente adíta, non possono a pregiudizio degli altri creditori chirografarj acquistare l'ipoteca giudiziale sugli immobili ereditarj pervenuti all'erede condannato, e che l'ipoteca giudiziale derivante dalla sentenza onde fu condannato l'erede deve restringersi ai soli immobili di ragion particolare dello stesso erede. Questa teoria del Grenier e della Corte di Cassazione di Parigi, valorosamente confutata dal Troplong (2), è assolutamente inconciliabile coi principj che regolano i diritti dei creditori ereditarj contro l'erede surrogato alla persona del debitore, e secondo i quali l'erede puro e semplice è il vero debitore dei debiti del defunto, e come tale soggetto all'ipoteca giudiziale che non può non colpire tutti i suoi immobili di qualunque provenienza. A ragione il Troplong esposta la teoria del Grenier esclama: « J'avoue qu'il m'est impossible de comprendre une doctrine exposée d'une

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 28, § 5, n. 1.
(2) Art. 2123, n. 459 bis.

manière si incomplète. » Nè lo stesso Troplong si rimane dal criticare il Decreto della Corte di Cassazione del 19 febbraio 1818, a cui si appoggia il Grenier: « Je trouve que l'Arrêt de la Cour de Cassation du 19 février 1818, dont parle M. Grenier, a été mal rendu. »

Il Troplong però ammette che quando gli altri creditori chirografarj del defunto avessero chiesta la separazione dei patrimonj, il creditore chirografario che ottenne la sentenza contro l'erede non potrebbe in tal caso esercitare l'ipoteca giudiziale sopra i beni della successione staccati in forza del benefizio della separazione dal patrimonio dell'erede: « Je sais bien que dans ce cas les autres créanciers, demeurés simples chirographaires, peuvent demander la séparation des patrimoines, s'ils y sont à temps. Par là, ils font sortir les biens héréditaires du patrimoine des héritiers, et laissent les biens personnels de ces derniers seuls responsables des condamnations obtenues contre eux. » Questa teoria a primo aspetto sembra giusta, ma bene esaminata non pare da accettarsi. Sia pur vero che il benefizio della separazione invocato dagli altri creditori stacca dal patrimonio dell'erede i beni della successione; ma ciò non vuol dir altro se non che in grazia del detto benefizio la eredità come persona morale rappresenta essa il defunto conformemente al principio stabilito nella L. 34, D. *De adquir. rer. dominio:* « Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. » Ora, come i creditori chirografarj potevano divenire creditori ipotecarj in vita del debitore in forza di sentenza proferita a carico del medesimo, così nulla vieta e può impedire che i creditori chirografarj del defunto acquistino in forza di una sentenza l'ipoteca giudiziale sui beni della successione, quando questa, come persona morale, rappresenta il defunto. Nè varrebbe l'opporre che come, morto il debitore, non possono avere effetto tra i creditori le ipoteche accese contro la eredità di lui accettata col benefizio dell'inventario o giacente in forza dell'articolo 2146, così non può avere effetto una inscrizione accesa contro i beni di una successione, i cui creditori hanno chiesta la separazione dei patrimonj. Imperocchè se non può avere effetto una inscrizione accesa dopo la morte del debitore contro la eredità di lui benefiziata o giacente, ciò è perchè la legge presume decotta la eredità benefiziata e la eredità giacente. Ma la successione,

i cui creditori chirografarj chiesero la separazione dei patrimonj, non solo non si presume fallita, ma anzi utile e vantaggiosa sì all' erede, come ai creditori della stessa successione; all' erede, perchè l' adì puramente senza far uso del benefizio dell' inventario; ai creditori della successione, perchè questi dimandano appunto la separazione dei patrimonj, per impedire che la mole dei debiti personali dell' erede non rendano decotta l' eredità stessa che basta al pagamento dei debiti ereditarj, e di ciò fa luminosa prova la L. 1, § 1, D. *De separationibus* (1). Non si può dunque argomentare dalla disposizione dell' articolo 2146, applicabile solo alle eredità benefiziate e alle giacenti, per sostenere che non si può acquistare una ipoteca giudiziale sui beni di una successione, i cui creditori domandarono la separazione dei patrimonj. Io pertanto tengo che si debba fare la seguente distinzione: O il creditore ereditario, che ottiene la sentenza contro l'erede dalla quale deriva l' ipoteca giudiziale, non fa uso del diritto di separazione, e allora in concorso degli altri creditori dell' eredità chirografarj, i quali si valgono del benefizio della separazione debitamente conservato, è considerato come un creditore personale dell' erede (2), e quindi la sua ipoteca non può essere opposta ai creditori che domandarono legalmente la separazione dei patrimonj, perchè giusta l'articolo 2111 prima della scadenza dei sei mesi assegnati per la inscrizione del privilegio della separazione non può essere costituita con effetto dagli eredi veruna ipoteca sopra i beni della successione in pregiudizio dei creditori della stessa successione cui compete il conservato privilegio della separazione. O il creditore ereditario, che ottenne la sentenza da cui nasce l' ipoteca giudiziale, fa uso anch' esso del privilegio della separazione dei patrimonj, e in questo caso egli deve godere della sua ipoteca giudiziale sui beni della successione in concorso dei creditori chirografarj della successione stessa che chiesero la separazione dei patrimonj. Infatti il privilegio della separazione non ha altro scopo che di respingere dalla massa dei beni della successione i creditori personali dell' erede tanto ipotecarj, quanto chirografarj, e lascia salvi ed integri i diritti tutti che sui beni stessi rispettivamente competono ai creditori ereditarj che fanno uso del

(1) Vedi Vol. 2, n. 362, pag. 93.
(2) Vedi Vol. 2, n. 467, pag. 300.

beneficio della separazione (1). Se questo solo è lo scopo del beneficio della separazione, perchè il creditore della successione che ottenne dopo la morte del debitore una sentenza onde nasce l'ipoteca giudiziale, non potrà di questa godere in concorso degli altri creditori della successione che al pari di lui chiesero la separazione? Non devonsi esagerare le conseguenze del privilegio della separazione, lo scopo del quale è interamente adempiuto, quando i soli creditori della successione concorrono sui beni ereditarj ad esclusione dei creditori tutti personali dell'erede. Appunto perchè il privilegio della separazione non influisce per nulla sulla sorte e sul grado che a ciascun creditore della successione può competere sui beni della medesima, i creditori chirografarj che chiesero la separazione non possono impedire che al creditore chirografario della stessa successione, che dopo la morte del debitore ottenne una sentenza, da cui nasce *de jure* l'ipoteca giudiziale, sia assegnato il grado che gli è giustamente dovuto dalla data della inscrizione della sua ipoteca giudiziale. O abbia questo creditore acquistata l'ipoteca giudiziale in vita del debitore o dopo la morte di lui, nulla rileva, perchè, come si è detto, la dimanda della separazione dei patrimonj non fa presumere decotta la successione, alla quale non si può di conseguenza estendere la disposizione proibitiva dell'articolo 2146.

660. Una delle differenze fra l'antico pegno Pretorio e il giudiziale era che il primo era generale, ossia colpiva tutti i beni del debitore e persino i crediti, e il secondo per lo più speciale su una parte dei beni del debitore condannato. Di ciò fa fede il Brunnemanno: « Et hoc Prætorium differt a pignore judiciali, vel in causa judicati capto.... Illud in omnibus bonis, hoc plerumque in rebus singulis (2). » Anche il pegno Pretorio però quando era accordato *damni infecti nomine* era speciale, come risulta dalla L. 1, D. *Quib. ex caus. in pos. eatur*: « Damni enim *infecti nomine*, si non caveatur, non in universorum nomine fit missio; sed rei tantum, de qua damnum tuetur. » Anzi il Brunnemanno insegna che per Diritto nuovo anche il pegno Pretorio divenne speciale e rimase generale quello soltanto che era accordato *ventris nomine* (3). Fu l'Autentica *Et qui jurat*, C.

(1) Vedi Vol. 2, n. 466, pag. 299.
(2) Ad L. 1, C. *De Præt. pign.*
(3) Ad L. 1, D. *Quib. ex caus. in pos. eat.*

De bon auctor. Jud. pos., quella che specializzò il pegno Pretorio: « Si vero omnino absit, examinet Judex, ubi sit, induciis datis; intra quas si non occurrat, secundum unam partem examinato negotio mittet actorem in possessionem rerum ejus *juxta mensuram declarati debiti.* » Ma il pegno giudiziale, quello cioè che *jussu Magistratus ex causa judicati in bonis condemnati constituitur,* come dice il Brunnemanno (1), era speciale, perchè secondo la L. 15, § 2, D. *De re jud.*, prima era costituito sui mobili del debitore, e poscia in difetto di mobili sugli immobili, e quindi in mancanza degli uni e degli altri sui crediti: « A pignoribus soli initium faciendum non est; quod si nec quæ soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora: tunc pervenietur etiam ad jura. » Il Codice Napoleone non si è contentato di far nascere l' ipoteca dalle sentenze e dai decreti di ricognizione di firma, ma mettendosi in contraddizione col proclamato principio della specialità, ha voluto persino che l' ipoteca giudiziale, al pari delle ipoteche legali, fosse generale, ed abbracciasse non solo i beni presenti, ma altresì i futuri, con danno immenso del credito fondiario. Almeno avesse limitata l' ipoteca giudiziale ai soli beni presenti, o, volendo pure gravare anche i beni futuri, avesse disposto, come fa riguardo all' ipoteca convenzionale nel caso contemplato dall' articolo 2130, che i beni futuri restassero ipotecati a misura degli acquisti! Lo stesso Troplong confessa che nella Francia da più anni si è innalzato un grido di disapprovazione e di lamento contro le ipoteche generali, e critica perciò la Corte di Parigi per avere contro lo spirito della legge e contro l' interesse generale esteso il favore dell' ipoteca giudiziale a Decreti che non importando alcuna condanna non potevano produrla: « On s'élève, depuis plusieurs années, contre les hypothèques légales, qui gênent la circulation d'un nombre immense de propriétés foncières: sans admettre tous les reproches qu'on adresse sur ce point au Code Civil, on conviendra néanmoins que le moment est mal choisi pour sortir des sages limites tracées par la loi, et envelopper d'un vaste réseau d'hypothèques générales le patrimoine de tous ceux que des jugemens appellent à gérer, même provisoirement, la fortune d'autrui (2). » Ho voluto riportare queste parole, perchè si vegga che anche il Troplong am-

(1) Ad L. 1, C. *Si in causa jud. pignus.*
(2) Art. 2123, n. 440.

mette che le ipoteche generali non meritano di essere favorite. L'articolo 4 della Legge 11 brumaio anno settimo, dalla quale in molte parti con immenso pregiudizio del credito fondiario vollero allontanarsi i Compilatori del Codice Napoleone, limitava l'ipoteca giudiziale ai beni presenti del debitore condannato. L'articolo era così concepito: « L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur au moment du jugement (1). » Il Grenier (2) difende la generalità attribuita dal Codice Napoleone all'ipoteca giudiziale, e dice che i terzi devono essere contenti della formalità della inscrizione a cui anche le ipoteche giudiziali furono sottoposte: « Il devenait nécessaire de laisser dans la législation nouvelle à l'hypotèque judiciaire le caractère de généralité qu'elle a toujours eu. L'hypotèque spéciale est plus avantageuse au débiteur; mais il a à s'imputer de n'avoir pas satisfait aux engagemens qu'il avait contractés sans prendre la précaution d'en circonscrire l'hypothèque. Tout ce qu'on a pu faire dans l'intérêt des tiers, et c'est un grand avantage pour eux, a été de soumettre cette hypothèque judiciaire à la publicité par la voie de l'inscription. » Pare che al Grenier sembri una assai grassa concessione fatta ai terzi l'obbligo imposto al creditore d'inscrivere l'ipoteca giudiziale; ma a dir vero se anche le ipoteche giudiziali fossero state dispensate, come quelle dei minori e delle donne, dalla formalità della inscrizione, la tanto decantata pubblicità del nuovo Sistema Ipotecario sarebbe stata una burla. Non so poi come dica il Grenier che era necessario lasciare all'ipoteca giudiziale il carattere di generalità che essa ha sempre avuto, mentre la Legge di brumaio la restringeva ai soli beni immobili posseduti dal debitore all'epoca in cui la sentenza fu proferita. Neppure si può ammettere che la legge abbia fatto tutto quello che per lei si poteva per l'interesse dei terzi assoggettando l'ipoteca giudiziale alla formalità della inscrizione; perchè ha dispensato, come diremo sotto l'articolo 2148, i creditori aventi ipoteca giudiziale dall'obbligo d'indicare nelle note d'inscrizione la qualità e situazione dei beni del debitore, laddove avrebbe potuto e dovuto per l'interesse dei terzi obbligare il vincitore inscrivente ad indicare nelle note i singoli immobili appartenenti al debitore, onde l'ipoteca rimanesse almeno specia-

(1) Vedi Duranton, n. 340.
(2) Tom. 1, n. 193.

lizzata al momento della inscrizione. E quanto ai beni futuri, se anche a questi voleva la legge estendere l'ipoteca giudiziale, dovea almeno, come più sopra si è accennato, applicare alle ipoteche giudiziali la massima fissata nell'articolo 2130 per l'ipoteca convenzionale permessa nel caso indicato nel detto articolo sui beni futuri, prescrivere cioè che i beni futuri del debitore condannato rimanessero assoggettati all'ipoteca giudiziale *a misura degli acquisti.* Allora il Grenier avrebbe avuto più ragione di dire che la legge ha fatto quanto per lei si poteva per l'interesse dei terzi.

Quanto al requisito della generalità, le ipoteche giudiziali non sono diverse dalle legali, perchè le une e le altre colpiscono tutti gl'immobili capaci d'ipoteca, tanto quelli appartenenti attualmente al debitore, quanto quelli che il medesimo acquisterà nel tempo avvenire.

661. Essendo la giudiziale ipoteca generale, si è fatto il dubbio, se una sentenza proferita contro una donna maritata colpisca altresì il fondo dotale della medesima. Il Persil tratta questa questione (1), e fa la seguente distinzione: O i debiti pei quali la donna è stata condannata furono da lei contratti anteriormente al matrimonio, o durante il matrimonio. Se prima, l'ipoteca secondo il Persil deve estendersi altresì al fondo dotale per la ragione *qu'en se mariant la femme n'a pas pu paralyser les droits de ses créanciers.* Se furono contratti dopo il matrimonio, o si tratta di debiti non aventi certa data, allora secondo lo stesso Persil l'ipoteca giudiziale non può estendersi al fondo dotale, per la ragione che *ce serait une manière indirecte d'arriver à l'aliénation de la dot malgré la prohibition de la loi.*

Il Troplong decide questo punto nella stessa maniera e colla stessa distinzione. Facendosi egli anzi a considerare la disposizione dell'articolo 1558, secondo il quale si può alienare l'immobile dotale coll'autorizzazione giudiziale per pagare i debiti della moglie, allorchè questi debiti hanno una data certa anteriore al contratto di matrimonio, dice che, sebbene da questa disposizione possa dedursi che la donna non può senza l'autorizzazione giudiziale ipotecare l'immobile dotale a garanzia dei debiti contratti prima del matrimonio, una tale disposizione non può impedire che l'ipoteca giudiziale inscritta a garanzia di de-

(1) Art. 2123, n. 31.

biti contratti dalla moglie prima del matrimonio si estenda anche al fondo dotale della medesima, e ciò perchè l'autorizzazione giudiziale è implicita quando si tratta d'ipoteca giudiziale derivante da una sentenza, onde la moglie fu condannata al pagamento di debiti contratti prima del matrimonio (1).

Il Grenier esagera le conseguenze dell'ipoteca giudiziale sino al punto che senza fare alcuna distinzione dice che la medesima si estende anche al fondo dotale della donna maritata, e ciò per la seguente ragione: « Lorsqu'elle subit une condamnation judiciaire, c'est la justice qui frappe ses biens d'hypothèque, parce que, comme débitrice, elle entre dans la classe de tous les autres débiteurs (2). »

Io non credo ammissibile la distinzione che fanno il Persil e il Troplong tra i debiti contratti dalla donna maritata prima e quelli contratti dopo il matrimonio. Quando un debitore è condannato da una sentenza al pagamento di un debito, l'ipoteca giudiziale serve a garantire il diritto, qualunque esso sia, risultante dalla sentenza, e questo diritto nasce il giorno stesso della sentenza da cui deriva. Qualunque del credito fosse la data, qualunque ne fosse la causa e la origine, l'ipoteca giudiziale è accordata al vincitore per assicurargli il pagamento di ciò che il condannato gli deve in forza della sentenza. È chiaro il testo della L. 2, C. *De execut. rei judicatæ:* « Si causam judicati non novasti, rem judicatam Præses Provinciæ etiam pignoribus captis ac distractis ad emolumentum perduci jubebit. » Ciò posto, la distinzione che fanno il Persil ed il Troplong tra i debiti della donna maritata contratti prima del matrimonio e quelli contratti dopo, mi sembra assolutamente fuor di luogo, perchè il credito garantito dall'ipoteca giudiziale nasce necessariamente il giorno stesso della sentenza e non prima, e quindi durante il matrimonio. Rigettata la distinzione del Persil e del Troplong, resta a vedere se per questo credito derivante dalla sentenza possa il vincitore esercitare l'ipoteca giudiziale sul fondo dotale della debitrice condannata. Essendo l'ipoteca giudiziale di sua natura generale, è certo che colpisce tutti i beni immobili del debitore condannato; ma anche le ipoteche generali non possono sottrarsi alla regola stabilita dalla L. 1, § 2, D. *Quæ res*

(1) Art. 2123, n. 436 bis.
(2) Tom. 1, n. 205.

pignori, a cui sono soggette tutte le ipoteche, generali e speciali, cioè che i beni su cui l'ipoteca deve gravitare, hanno ad essere capaci di un tal onere, e però alienabili. L'ipoteca, per quanto sia generale, non potrà mai colpire beni di un tal onere incapaci, e la capacità o l'incapacità dei beni a sopportare il peso dell'ipoteca misurar devesi nel caso dell'ipoteca giudiziale dal giorno della sentenza, perchè è da questo giorno e non prima che nasce la ipoteca. Per Gius Romano è certo che l'ipoteca generale, onde fossero stati per un titolo qualunque gravati i beni di una donna maritata a favore di qualche suo creditore, non avrebbe potuto estendersi al fondo dotale, e ciò per una ragione semplicissima, cioè perchè durante il matrimonio non la moglie, ma il marito era il padrone civile del fondo dotale, come risulta dalla L. 13, § 2, D. *De fundo dotali:* « Dotale prædium sic accipimus, cum dominium marito quæsitum est. » Il Codice Napoleone non dà al marito quel dominio sul fondo dotale che gli dava il Gius Romano, e gli dà semplicemente colla disposizione dell'articolo 1549 l'amministrazione e il diritto di percepirne i frutti; ma sebbene non gli dia il dominio, è però certo che secondo l'articolo 1554 gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi durante il matrimonio nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente. Il fondo dotale è dunque inalienabile anche secondo i principj del Codice Napoleone; e se è inalienabile, non può essere suscettivo dell'ipoteca giudiziale, perchè i fondi inalienabili sono fuori di commercio, e i fondi fuori di commercio non sono capaci d'alcuna ipoteca. A me la cosa pare sì chiara ed evidente, che non so come di questo punto siasi potuto formar soggetto di questione dagli Interpreti del Diritto Francese, e come questi possano trovarsi in disaccordo. Ma il Grenier dice: « Lorsqu'elle subit une condamnation judiciaire, c'est la justice qui frappe ses biens d'hypothèque. » È verissimo; ma la giustizia non può colpire d'ipoteca se non se i beni alienabili della donna condannata, ossia i beni capaci d'ipoteca nel momento in cui l'ipoteca giudiziale ha vita. E siccome è la legge stessa che proclamando l'inalienabilità del fondo dotale lo rende dell'onere dell'ipoteca incapace indipendentemente dalla volontà della donna o del marito; così la giustizia non può in alcuna maniera colpire d'ipoteca giudiziale il fondo dotale dichiarato dalla legge inalienabile. La disposizione della L. ult., C. *De*

reb. alien. non alien., risponde, a parer mio, vittoriosamente all'argomento del Grenier: « Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. » Il Grenier dice ancora: « Comme débitrice, elle entre dans la classe de tous les autres débiteurs. » Anche questa verità è incontrastabile; ma se gli altri debitori sono condannati da una sentenza, forse la ipoteca giudiziale colpirà i beni o alienati dagli stessi debitori prima della sentenza, o divenuti legittimamente per fatto loro o per volontà della legge inalienabili? No certamente. Mi spiegherò con un esempio tratto dalla L. 3, C. *Quæ res pignori*. Dice questa Legge che se il padre rende religioso un luogo col seppellirvi il cadavere della figlia defunta, il luogo stesso non può più essere assoggettato ad ipoteca: « Si monumento corpus filiæ tuæ intulisti, religiosum id fecisti: quo facto obligari a quoquam, prohibente juris religione, non posse in dubium non venit. » Suppongasi che questo padre dopo di avere seppellito il cadavere della figlia, venga da una sentenza condannato al pagamento di qualche somma a favore di un suo creditore. Potrebbero per Gius Romano gli esecutori della sentenza pignorare il luogo dove fu sepolto il cadavere della figlia del condannato? No certamente; perchè prima della sentenza, e quindi prima che gli esecutori avessero diritto di fare il pignoramento, il detto luogo per fatto del debitore divenne religioso, e quindi per legge inalienabile. Per la stessa ragione, se sotto il Codice Napoleone una donna, qualunque siano i debiti da lei contratti prima del matrimonio, costituisce in dote qualitativa al marito un suo fondo, questo fondo acquista un carattere, cioè il carattere *dotale*, che lo rende inalienabile, e l'ipoteca giudiziale derivante da una sentenza posteriormente a questo fatto proferita, sia per debiti contratti durante il matrimonio, sia per debiti fatti prima, non potrà estendersi al detto fondo che al momento della sentenza è cosa inalienabile. La generalità dell'ipoteca giudiziale altro non significa se non che si estende a tutti i beni immobili del debitore capaci d'ipoteca e di alienazione; e non essendo di alienazione capace il fondo dotale della donna maritata, rimarrà questo necessariamente escluso dall'ipoteca giudiziale, onde in

grazia di una sentenza di condanna i beni immobili della medesima rimasero gravati. Nè per sostenere sul fondo dotale l'ipoteca giudiziale derivante da una sentenza che condannò la donna maritata per debiti anteriori al matrimonio può giovare la disposizione dell'articolo 1558, che permette l'alienazione del fondo dotale per pagare i debiti che hanno una data certa anteriore al contratto di matrimonio. Imperocchè una alienazione volontaria, che può esser permessa in via di eccezione nel detto caso non si può convertire in una alienazione forzosa e necessaria che sarebbe la conseguenza inevitabile della ipoteca. Per dimostrare il Troplong che nel caso di sentenza che condannò la donna maritata per debiti anteriori al matrimonio l'ipoteca si estende altresì sul fondo dotale, dice che deve supporsi esservi stata una convenzione tacita della donna in vantaggio dei suoi creditori, colla quale essa si obbligò a pagare il debito se sarebbe riconosciuto giusto e legittimo sotto la garanzia dell'ipoteca di tutti i suoi beni presenti e futuri, e che la sentenza che riconosce per legittimo il debito della moglie aderisce appunto a questa tacita convenzione: « Mais lorsqu'il s'agit, non pas d'une hypothèque conventionnelle, mais d'une hypothèque judiciaire, on doit dire que la permission d'hypothéquer se trouve implicitement comprise dans le jugement de condamnation; car on *quasi-contracte* en jugement. On doit supposer qu'il y a eu convention tacite de la femme au profit de ses adversaires, pour s'obliger à payer la dette si elle était reconnue fondée, et à hypothéquer tous ses biens présens et futurs; et comme il intervient un jugement qui reconnaît la légitimité de la dette, il faut dire que le Juge a comme adhéré à la promesse d'hypotèque générale sous-entendue dans la comparution en jugement (1). » Per rispondere al Troplong mi limito ad una semplicissima osservazione. Egli per sostenere il suo assunto suppone che il Giudice, che condanna la donna maritata per debiti anteriori al matrimonio, aderisca ad una tacita convenzione d'ipoteca generale sui beni presenti e futuri contratta dalla donna; mentre una tale convenzione tacita non può nè supporsi nè immaginarsi, perchè l'ipoteca generale convenzionale sui beni presenti e futuri è proibita dal Codice Napoleone. Io dunque, allontanandomi per le ragioni dette tanto dall'opinione assoluta del Grenier, come da quella del

(1) Art. 2123, n. 436 bis.

Persil e del Troplong, tengo per fermo che l' ipoteca giudiziale derivante da una sentenza di condanna proferita contro una donna maritata non può in alcuna maniera estendersi sul fondo dotale, o sia la donna stata condannata al pagamento di debiti anteriori, o sia stata condannata per debiti posteriori al matrimonio. Credo inutile avvertire che se la sentenza fu proferita contro la donna prima del matrimonio, in tal caso la qualità dotale posteriormente attribuita al fondo dato in dote al marito non può togliere gli effetti dell' ipoteca giudiziale radicata anteriormente sullo stesso fondo per la medesima ragione che il debitore vendendo i beni già gravati d' ipoteca non può colla vendita pregiudicare ai diritti reali dei creditori ipotecarj, i quali conservano la loro ipoteca anche in faccia al terzo possessore. Il Grenier pretende che l' ipoteca giudiziale derivante da una sentenza onde fu condannata una donna colpisce sempre il fondo dotale, tanto se la sentenza è anteriore al matrimonio, quanto se è posteriore (1). Io non posso soscrivermi a questa massima generale: e se è vera nel primo caso, quando cioè trattasi di sentenza proferita prima del matrimonio, non è secondo il mio avviso accettabile nel secondo, quando cioè l' ipoteca giudiziale ebbe vita durante il matrimonio.

662. Essendo l' ipoteca giudiziale generale, e quindi estesa sui beni presenti e futuri del debitore condannato, basta che anche per un solo istante un fondo qualunque sia stato dopo la sentenza in proprietà del debitore, perchè il fondo stesso sia rimasto colpito dall' ipoteca giudiziale (2). L' acquistare è fulmineo, come dice il Borsari (3); e dopo che il debitore acquistò una nuova proprietà, nessuna forza nè materiale nè morale può impedire le conseguenze di un fatto compiuto, e strappare il vincolo reale che annodò il fondo nello stesso istante in cui cadeva nel dominio di una persona, i cui beni presenti e futuri erano colpiti in forza di una sentenza da una ipoteca giudiziale.

663. L' articolo 2123 dice che l' ipoteca giudiziale può esercitarsi sopra gl' immobili attuali del debitore e sopra quelli che potesse acquistare, *salve le modificazioni in appresso determinate.* Le modificazioni, a cui accenna l' articolo 2123, sono quelle

(1) Tomo 1, n. 205.
(2) Grenier, tomo 1, n. 204.
(3) Il contratto d' enfiteusi, n. 367.

che risultano dall' articolo 2161, il quale stabilisce le norme per ottenere la riduzione delle ipoteche generali (1).

664. Le sentenze non vengono solamente proferite dai Magistrati che ricevono la loro autorità dal Potere sovrano, ma altresì dagli Arbitri eletti dai privati cittadini, di cui parla la L. 13, § 2, D. *De recept. qui arbitrium:* « Recepisse arbitrium videtur, qui Judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. » Dalla qual Legge si raccoglie che anche al lodo dell' Arbitro si dà il nome di sentenza. Non qualunque decisione però di un Arbitro ha forza di sentenza, ma quella soltanto, come risulta dalla L. 32, § 15, D. *De recept.*, che fu proferita entro i limiti delle attribuzioni a lui conferite col compromesso: « Non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est. » Ma entro i limiti segnati all' Arbitro col compromesso dalla volontà dei compromittenti, la decisione di lui è una vera sentenza, perchè *compromissum* (come dice Paolo nella L. 1, D. *De recep. qui arb.*) *ad similitudinem judiciorum redigitur; et ad finiendas lites pertinet.* E perciò la L. 27, § 2, D. *De recep. qui arb.*, impone un obbligo assoluto ai compromittenti di dare esecuzione alla sentenza dell' Arbitro: « Stari autem debet sententiæ Arbitri, quam de re dixerit, sive æqua, sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromittit. » Ma sebbene i compromessi abbiano molta somiglianza coi giudizj, sebbene gli Arbitri le parti facciano di Giudice, e sentenze sieno chiamate le loro decisioni, è però vero che la sentenza dell' Arbitro, comecchè obbligatoria pei compromittenti, non può avere l' autorità di una sentenza proferita da un Magistrato, e ciò per la ragione che la volontà dei privati, come dice la L. 3, C. *De jurisd. om. Jud.*, non può mai attribuire ad alcuno il carattere e la qualità di pubblico Magistrato: « Privatorum consensus Judicem non facit eum qui nulli præest judicio: nec, quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem. » La diversa autorità perciò onde sono rivestiti gli Arbitri e i Magistrati dà luogo a non poche differenze fra le sentenze degli uni e degli altri (2). Fra queste differenze è da notarsi che per Gius Romano dal lodo degli Arbitri non nasce l' azione della regiudicata, ma il vincitore, come

(1) Persil, art. 2123, n. 28.
(2) Voet, lib. 4, tit. 8, n. 1.

risulta dalla L. 44, D. *De recep. qui arb.*, ha semplicemente il diritto di chiedere la pena convenuta nel compromesso. Che se non fu convenuta alcuna pena, allora la L. 27, § 7, D. *De recep. qui arb.*, accorda al vincitore un'azione per ripetere l'emenda dei danni ed interessi: « Sed si pœna non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter *sententiæ stari* quis promiserit, incerti adversus eum foret actio. » Ma la L. pen., C. *De receptis arbitris*, modificò il Diritto antico accordando al vincitore un'azione *in factum* per domandare ed ottenere la esecuzione del lodo, sì veramente che questo fosse stato approvato e ratificato dalle parti o espressamente colla sottoscrizione, o tacitamente col silenzio continuo per dieci giorni senza che alcuna opposizione fosse mossa. Dopo questa disposizione gli effetti dei lodi non furono diversi da quelli delle sentenze; ma la esecuzione del lodo dovea coll'azione *in factum* chiedersi non all'Arbitro mancante di autorità e di giurisdizione, ma al competente Magistrato. La disposizione della citata Legge fu ovunque mantenuta in osservanza; senonchè in alcuni paesi s'introdusse il costume, come avverte il Voet, che il giudizio di esecuzione dovesse essere preceduto da un Decreto del competente Magistrato proferito ad istanza del vincitore, col quale appunto veniva ordinata la esecuzione del lodo già dalle parti o espressamente o tacitamente approvato: « Quod et usu servatur; eo excepto, quod apud nos receptum sit, reum ab Arbitro condemnatum prius citari ab actore eodemque victore, ut videat ab ordinario Judice Decretum interponi de facienda executione sententiæ per Arbitros latæ (1). » Il costume di rendere esecutorio il lodo dell'Arbitro mediante un Decreto proferito dal Magistrato competente ad istanza del vincitore, a cui allude il Voet colle citate parole, spiega il perchè nell'articolo 2123 è dichiarato, che le sentenze arbitramentali non producono ipoteca se non quando sono rivestite del Decreto giudiziale d'esecuzione. Finchè il Decreto giudiziale d'esecuzione proferito dal competente Magistrato non ha impresso al lodo dell'Arbitro il carattere di una sentenza, il lodo è un atto semplicemente privato, dal quale non può sorgere alcuna ipoteca; e siccome è dal giorno di questo Decreto giudiziale d'esecuzione che il lodo acquista il carattere e la forza di una sentenza, così solamente da questo giorno l'ipoteca avrà vita e potrà essere inscritta efficacemente; e l'in-

(1) Lib. 4, tit. 8, n. 23.

scrizione accesa all' appoggio di un lodo prima del Decreto giudiziale di esecuzione non può avere alcun effetto, quand' anche il lodo sia stato approvato e ratificato dalla parte condannata (1).

665. I Magistrati ricevono il potere di cui sono rivestiti dalla Sovranità dello Stato a cui appartengono, qualunque sia del Governo la forma, o si regga a monarchia o a repubblica, e non possono perciò estendere la loro autorità oltre i limiti della propria giurisdizione. Questo principio è solennemente proclamato dalla L. 53, C. *De Decurionibus:* « Duumvirum impune non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propriæ civitatis. » Da questo principio deriva immediatamente la conseguenza che le sentenze proferite da un Tribunale estero non possono avere la stessa autorità che le sentenze dei Tribunali dello Stato; e che quindi sugli immobili posti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone non possono produrre l' ipoteca giudiziale le sentenze proferite dagli esteri Tribunali, le quali sono spoglie di quella pubblica autorità, da cui solo trae l' ipoteca giudiziale essere e vita. Su questo punto sono d' accordo tutti gl' Interpreti, non lasciando luogo ad alcun dubbio la disposizione dell' articolo 2123, il quale stabilisce la massima generale che non può derivare l' ipoteca giudiziale dalle sentenze proferite in paese straniero. Una sentenza adunque emanata da un Tribunale Italiano o Inglese o di qualsiasi altra nazione non potrà produrre ipoteca su beni immobili posti in Francia, sia che la sentenza sia proferita tra litiganti forestieri, o tra litiganti francesi. La qualità e condizione dei litiganti, tra i quali ebbe luogo il giudizio ultimato colla sentenza, nulla rileva; perchè, quando si tratta se un atto sia o no capace di produrre ipoteca, non alla qualità e condizione della persona in favore o contro la quale l' ipoteca nascer dovrebbe, ma alla sola natura e qualità dell' atto vuolsi avere riguardo. Ma secondo l' articolo 2123 anche dalle sentenze pronunciate in paese straniero può derivare l' ipoteca giudiziale quando siano state dichiarate eseguibili da un Tribunale dello Stato dove esistono gl' immobili. Quando il Tribunale dello Stato dove si trovano gl' immobili dichiara eseguibile la sentenza proferita da un Tribunale estero, questa allora acquista l' autorità che prima le mancava, e produce perciò l' ipoteca giudiziale. La

(1) Troplong, art. 2123, n. 449. Persil, art. 2123, n. 15. Grenier, tomo 1, n. 203. Duranton, n. 341.

quale ipoteca però non può aver vita ed efficacemente inscriversi che dopo il Decreto onde il Tribunale del luogo dove esistono i beni dichiarò eseguibile la sentenza proferita da un Tribunale straniero; perchè solamente dal giorno del detto Decreto la sentenza del Tribunale estero cessa di essere un atto privato, ed acquista tutta la forza di una vera sentenza (1).

666. È gran questione tra gl' Interpreti del Diritto Francese sul modo, onde il Tribunale deve dichiarare eseguibile la sentenza proferita in paese straniero, affinchè da questa possa nascere l'ipoteca giudiziale. Il Tribunale dello Stato dove sono i beni deve limitarsi a un semplice Decreto di esecuzione, senza occuparsi del merito della causa e dei motivi della sentenza; oppure il Decreto di esecuzione deve essere una conferma della giustizia della sentenza sottoposta a rigoroso sindacato? L' articolo 121 dell' Ordinanza del 1629 stabiliva ciò che segue: « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume: ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses; et non obstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits, comme entiers, devant nos Officiers. » Il Persil (2) pensa che l' articolo ora citato dell' Ordinanza del 1629 debba servire d' interpretazione all' articolo 2123 del Codice Napoleone, e che perciò anche secondo questo Codice il Tribunale Francese debba, non proferire un semplice Decreto di esecuzione, ma rivedere la causa e giudicare sul merito della sentenza del paese straniero. Quando si tratta di una sentenza proferita da un Tribunale straniero tra litiganti Francesi, dice il Persil che la sua interpretazione non può essere ragionevolmente contraddetta; ma che può nascere qualche dubbio quando si tratta di una sentenza proferita tra litiganti stranieri. Ad ogni modo anche in questo secondo caso tiene, ricredendosi dall' opinione contraria professata da prima, com' egli stesso confessa, che il Tribunale Francese debba sempre rivedere la causa e sentenziare sul merito. Il Persil adduce i seguenti motivi: « En effet, les Magistrats étrangers ne sont rien par rapport à nous: ce sont des particuliers sans pouvoir, sans mission, sans caractère: leur permettre d'affecter les

(1) Duranton, n. 342.
(2) Art. 2123, n. 18.

immeubles de la France alors qu'ils appartiennent à des étrangers, de les grever d'hypothèque avec un simple *pareatis*, sans nouvel examen, que le Juge n'aura pas le droit de refuser, parce qu'il ne pourra rien vérifier, c'est leur donner une véritable autorité chez nous, une puissance égale à celle du souverain (1). Secondo adunque l'opinione del Persil, le sentenze proferite da un Tribunale estero per dare ipoteca su beni posti in Francia devono essere interamente rivedute sul merito da un Tribunale Francese, o siano state emanate contro un Francese o contro uno straniero. È questa anche l'opinione del Grenier, il quale dice che un Decreto della Corte di Cassazione del 19 aprile 1819, da lui riportato, ha fatto cessare tutte le incertezze che tenevano prima divisi i Giureconsulti su questo punto, e che dopo un tale Decreto della Corte di Cassazione, la quale ha rigettato la distinzione arbitraria che volevasi fare dalla maggior parte dei Giureconsulti tra le sentenze proferite da un Tribunale estero contro un Francese e quelle proferite contro uno straniero, deve tenersi per massima non dubbia ed incontrastabile che le sentenze dei Tribunali esteri devono essere sempre in tutti i casi rivedute *ex integro* dai Tribunali Francesi, o siano state proferite contro un Francese o contro uno straniero (2).

Io non posso soscrivermi a questa interpretazione data dal Persil, dal Grenier e dalla Corte di Cassazione di Parigi alla parte dell'articolo 2123 che riguarda le sentenze pronunciate in paese straniero che devono essere dichiarate eseguibili da un Tribunale Francese, e dirò francamente la mia opinione. Se si vuole applicare al caso di cui si tratta l'articolo 121 dell'Ordinanza del 1629, allora il Persil ha ragione di dire che le parole del detto articolo — nos sujets contre lesquels ils ont été rendus, pourront de nouveau débattre les droits comme entiers par devant nos Officiers — sono chiare e non lasciano luogo ad alcun dubbio, e che per conseguenza le sentenze proferite da un Tribunale straniero devono essere rivedute *ex integro* da un Tribunale Francese. Ma allora deve limitare questa massima al solo caso di Francesi condannati da una sentenza di un Tribunale estero, perchè l'articolo 121 della lodata Ordinanza a questo solo caso la restringe colle chiare parole — *nos sujets pourront* ec. — Infatti tutti i

(1) Art. 2123, n. 20.
(2) Tomo 1, n. 207 e 208.

Giureconsulti che anteriormente al detto Decreto della Corte di Cassazione tenevano che anche secondo l'articolo 2123 il diritto di domandare la revisione della Sentenza del Tribunale estero spettasse solo ai Francesi si fondavano appunto nel citato articolo 121 dell' Ordinanza 1629, colla scorta del quale interpretavano il detto articolo 2123 (1). Ora io dimando: perchè la Corte di Cassazione ha stabilito una massima generale e ha rigettata e condannata la distinzione che dai Giureconsulti si faceva tra le sentenze proferite contro un Francese e quelle proferite contro uno straniero? La ragione si è che questa distinzione, la quale era chiaramente suggerita e voluta dal citato articolo dell' Ordinanza del 1629, non è più ammissibile sotto il Codice Napoleone, il quale nell' articolo 2123 stabilisce una massima generale applicabile a qualunque sentenza proferita da un estero Tribunale, e non fa alcuna distinzione tra le sentenze proferite contro un Francese e quelle proferite contro uno straniero. Ecco come si esprime su questo proposito la Corte di Cassazione in un Considerando: « Attendu enfin, que le Code Civil et le Code de Procédure ne font aucune distinction entre les divers jugements rendus en pays étranger, et permettent aux Juges de les déclarer tous exécutoires. » Anche il Troplong dice che le generali espressioni dell' articolo 2123 non comportano la distinzione, che era giusta sotto l' Ordinanza del 1629 tra le sentenze proferite contro un Francese e quelle proferite contro uno straniero: « Les termes de notre article (cioè dell' articolo 2123) sont si généraux, qu'ils ne paraissent comporter aucune exception. D'ailleurs, le législateur ne considère nullement les qualités accidentelles des parties qui ont figuré au procès: il ne considère que l'extraneité du pouvoir dont le jugement est l'ouvrage (2). Appoggiato adunque allo stesso Decreto della Corte di Cassazione ed anche all' autorità del Troplong posso dire, per combattere la opinione del Persil, che l' Ordinanza del 1629, la quale stabiliva una massima diversa da quella dell' articolo 2123, non può servire all' interpretazione di quest' articolo del Codice Napoleone. Ma io non mi rifiuto di secondare il Persil; e invece di metter da parte l' articolo 121 dell'Ordinanza del 1629, voglio che quest' ar-

(1) Vedi Troplong, art. 2123, n. 451.
(2) Art. 2123, n. 451.

ticolo mi serva d'ajuto per interpretare l'articolo 2123 del Codice Napoleone in modo diverso dalla spiegazione datane da lui e dagli altri Interpreti che seguirono la sua opinione e dal citato Decreto della Corte di Cassazione. Perchè secondo il citato articolo dell'Ordinanza del 1629 le sentenze proferite contro un Francese doveano essere rivedute in Francia, ossia, perchè la revisione del Tribunal Francese dovea essere, come dice lo stesso Persil, *un nouveau jugement obtenu en France?* Perchè la detta Ordinanza non dava alcuna forza alle sentenze proferite da un Tribunale straniero, e voleva che i Francesi stati condannati potessero *de nouveau débattre leurs droits comme entiers,* davanti il Tribunale Francese. Al contrario il Codice Napoleone, inspirato da più civili consigli, non solo non nega fede e autorità alle sentenze proferite in paese straniero, ma accorda loro la stessa forza ed efficacia che alle sentenze di un Tribunale dello Stato, purchè da un Tribunale dello Stato siano dichiarate eseguibili. Il Codice Napoleone dice forse, come l'articolo 121 della citata Ordinanza: — *Nos sujets pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos Officiers?* No certamente. Dice anzi che l'ipoteca giudiziale può derivare dalle sentenze pronunciate in paese straniero, quando siano state dichiarate eseguibili da un Tribunale del Regno. Accettandosi la spiegazione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone data dal Persil e dalla Corte di Cassazione, si distrugge assolutamente la disposizione del detto articolo, perchè, quando il Tribunale Francese avesse diritto di rivedere *ex integro* la causa e la sentenza proferita dal Tribunale straniero, il risultato di questa revisione sarebbe una nuova sentenza proferita in Francia, *un nouveau jugement obtenu en France,* come confessa lo stesso Persil, e la ipoteca giudiziale non deriverebbe più dalla sentenza proferita dal Tribunale estero, ma sì bene dalla sentenza nuova del Tribunale Francese. Capisco che i Giureconsulti Francesi debbano essere gelosi della indipendenza dei loro Tribunali dalle leggi e dai Tribunali stranieri, ma il principio certamente giusto e sacro della indipendenza non devono esagerarlo sino al punto da render vana una concessione che il legislatore ha fatto alle sentenze dei Tribunali stranieri. Essi coll'accordare ai Tribunali Francesi il diritto di rivedere la causa e la sentenza *ex integro,* ossia il diritto di giudicare nuovamente la causa e di proferire una nuova sentenza, annullano interamente la dispo-

sizione dell' articolo 2123, che fa nascere l' ipoteca giudiziale dalle sentenze proferite in paese estero quando siano dichiarate eseguibili da un Tribunale dello Stato. Se la ipoteca giudiziale derivar deve dalla sentenza proferita dal Tribunale straniero, come vuole il legislatore colla disposizione dell' articolo 2123, la sentenza stessa deve rimanere illesa ed intatta, perchè altrimenti la ipoteca giudiziale nascerebbe, non dalla sentenza del Tribunale straniero, ma dalla nuova del Tribunale Francese. Il Tribunale Francese deve semplicemente dichiarare eseguibile la sentenza, perchè questa è l' unica condizione a cui per volontà del legislatore sono sottoposte le sentenze proferite in paese straniero, onde dalle medesime derivar possa efficacemente l' ipoteca giudiziale. Ma il Persil dice: « Les Magistrats étrangers ne sont rien par rapport à nous: ce sont des particuliers sans pouvoir, sans mission, sans caractère. » Non è vero che i Magistrati stranieri *ne sont rien* in faccia ai Francesi, e che sono semplici privati. Se fosse così, le sentenze dei Tribunali stranieri non avrebbero alcun valore in Francia; laddove l' articolo 2123 fa nascere dalle medesime l' ipoteca giudiziale, purchè siano dichiarate eseguibili da un Tribunale Francese. Al potere, di cui mancano in Francia i Magistrati stranieri, supplisce appunto il Decreto del Tribunale Francese che dichiara eseguibili le loro sentenze. E che? Forse gli Arbitri eletti dalle parti hanno in Francia potere, hanno missione, hanno carattere pubblico? Eppure anche le sentenze arbitramentali hanno forza eguale a quelle dei veri Magistrati, e producono ipoteca, sì veramente che siano rivestite del Decreto giudiziale di esecuzione. Nessuno sostiene che il Magistrato, che deve dichiarare eseguibili le sentenze degli Arbitri, abbia il diritto di esaminare di nuovo la causa e sentenziare sul merito. Chi non vede che le sentenze degli Arbitri e quelle proferite da Magistrati stranieri sono trattate allo stesso modo, come si raccoglie altresì dalla stessa parola *similmente*, colla quale il legislatore, dopo di avere parlato delle sentenze arbitramentali, passa a parlare di quelle pronunciate in paese straniero? Qualunque sia l' opinione che su questo punto professano i Giureconsulti Francesi, qualunque sia la massima adottata dalla Corte di Cassazione di Parigi, io non potrò mai persuadermi che il legislatore, il quale attribuisce alle sentenze arbitramentali la forza di produrre l' ipoteca giudiziale, quando siano semplice-

mente rivestite del Decreto giudiziale di esecuzione, abbia poi voluto dare ai Tribunali dello Stato, dove sono situati i beni, il diritto di rivedere *ex integro* la sentenza proferita dai Tribunali esteri, mentre anche in questo caso ha dichiarato che l'ipoteca giudiziale può derivare dalle sentenze pronunciate in paese straniero quando siano state dichiarate eseguibili da un Tribunale del Regno.

667. Quando si tratta di sentenze proferite in paese straniero, la regola generale stabilita nell'ultima parte dell'articolo 2123 è che queste per produrre l'ipoteca giudiziale devono essere dichiarate eseguibili da un Tribunale dello Stato dove esistono gl' immobili. Ma questa regola dallo stesso articolo 2123 è limitata da due eccezioni: 1° quando esistono trattati tra i due Stati, cioè tra quello dove sono situati i beni, e l'altro dove fu proferita la sentenza, contrarj alla detta massima generale; 2° quando nello Stato dove sono situati i beni sono in vigore leggi politiche che colla stessa massima generale si trovano in opposizione. Nell' un caso e nell'altro, se o dai trattati o dalle leggi politiche è ammesso il diritto di reciprocità, le sentenze pronunciate in paese estero hanno la stessa forza che quelle proferite nello Stato dove sono situati i beni, e producono *ipso jure* l'ipoteca giudiziale senza bisogno che siano da un Tribunale dello Stato, dove i beni si trovano, dichiarate eseguibili (1).

668. La disposizione dell'articolo 2009 del Codice delle Due Sicilie è la ripetizione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone. Senonchè nella seconda parte di detto articolo 2009 trovasi anche confermata e ripetuta la massima stabilita dalla Legge del 3 settembre 1807, di cui abbiamo più sopra parlato, relativa alle inscrizioni da accendersi all'appoggio di una sentenza di ricognizione di firma proferita prima della scadenza del debito; ed è quindi disposto conformemente alla detta Legge del 3 settembre, che quando la sentenza di ricognizione sarà pronunziata prima della scadenza del debito, non potrà esserne presa veruna inscrizione ipotecaria, se non in mancanza di pagamento del debito dopo la scadenza o esigibilità del medesimo; purchè non vi sia stipulazione in contrario.

669. Anche l'articolo 2177 del Codice di Parma ripete l'intera disposizione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone, aggiun-

(1) Duranton, n. 342. Persil, art. 2123, n. 21.

gendo solo in piena conformità della citata Legge del 3 settembre 1807 che l' ipoteca giudiziale derivante dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligazione contratta per privata scrittura non produce il suo effetto che dal giorno della scadenza dell' obbligazione. Non devesi però tacere che l' articolo 2177 del Codice di Parma ha migliorata la disposizione della Legge del 3 settembre, perchè non ha autorizzato il funesto patto, onde era lecito alle parti di derogare alla suddetta Legge.

670. Il Codice di Sardegna ammette esso pure l' ipoteca giudiziale, e colla disposizione dell' articolo 2177 ha tolto la questione, a cui lasciarono luogo le troppo generali espressioni dell' articolo 2123 del Codice Napoleone, se l' ipoteca giudiziale derivi da qualunque Decreto o sentenza, o soltanto dalle sentenze che importano una condanna a carico del vinto di fare, o dare, o non fare qualche cosa. Imperocchè il detto articolo 2177 dichiara che l' ipoteca giudiziale deriva dalle sentenze ed ordinanze eziandio contumaciali, sì definitive che provvisionali, *portanti condanna od obbligo qualunque.* Dispone pure nel successivo articolo 2178, che l' ipoteca giudiziale deriva altresì dalle ammissioni o verificazioni seguite in giudizio della firma o sottoscrizione apposta ad una obbligazione contratta per scrittura privata; ma confermando la modificazione portata all' articolo 2123 del Codice Napoleone dalla citata Legge del 3 settembre 1807, dichiara che qualora non fosse trascorso il termine della mora accordata al debitore, l' ipoteca non potrà avere effetto prima del giorno della scadenza della medesima, *non ostante qualunque patto contrario.* Colle quali parole — *non ostante qualunque patto contrario* — il citato articolo 2178 fece alla Legge del 3 settembre 1807 una notevolissima ed utile modificazione, togliendo ogni forza al patto permesso dalla detta Legge, col quale veniva abilitato il creditore ad accendere efficacemente l' inscrizione anche prima della scadenza del debito.

Abbiamo più sopra parlato (1) della questione che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se il Decreto che nomina un curatore o amministratore di un patrimonio porti l' ipoteca giudiziale a carico dello stesso curatore. Trattando il Troplong questo punto di questione, critica un Decreto della Corte di Parigi che

(1) N. 650.

dando una troppo larga interpretazione alla disposizione dell'articolo 2123 estese l'ipoteca giudiziale oltre i giusti suoi confini in un momento, in cui l'opinione pubblica alzava la voce contro le ipoteche generali (1). Sebbene io sul punto deciso dalla Corte di Parigi professi l'opinione del Troplong, e creda che un semplice Decreto di nomina a curatore non possa produrre l'ipoteca giudiziale, tengo d'altra parte che il rimprovero fatto da lui alla Corte di Parigi per avere scelto un momento non opportuno ad accrescere il numero delle ipoteche generali non sia giusto. Imperocchè i Magistrati, che non possono farla da legislatori, devono interpretare le leggi, o siano buone o cattive, secondo i dettami della scienza e della convinzione, senza alcun riguardo ai lagni mossi contro le disposizioni del legislatore, il quale solo ha la responsabilità delle cattive leggi. Ma i rimproveri che il Troplong fa alla Corte di Parigi ben giustamente possono farsi ai Compilatori del Codice di Sardegna per avere disposto nell'articolo 2179 che la ipoteca giudiziale deriva parimente dalle Ordinanze de' Tribunali portanti deputazione di economi, sequestratarj, ed altri agenti contabili, sopra i beni di questi pei fatti relativi alla loro gestione, salvo che dai Tribunali stessi fossero stati da tale ipoteca per giuste cause dispensati. Che importa infatti che a questi agenti contabili non sia dall'articolo 2174 accordata l'ipoteca legale concessa solo ai minori ed interdetti sui beni dei loro tutori per la risponsabilità della loro amministrazione, quando poi tutti gli agenti contabili deputati dalle Ordinanze dei Tribunali sono colpiti da una ipoteca giudiziale, la quale, essendo generale, porta tutti gli effetti e le conseguenze delle ipoteche legali? Quando l'interesse del credito fondiario domandava imperiosamente al legislatore che venisse ristretto il più che fosse possibile il numero delle ipoteche legali, il Codice di Sardegna con non lodevole consiglio quello estendeva delle ipoteche giudiziali, quasi che il risultato delle ipoteche giudiziali non fosse uguale a quello delle ipoteche legali!

Quanto alle sentenze arbitramentali, l'articolo 2180 del Codice di Sardegna dispone in piena conformità dell'articolo 2123 del Codice Napoleone che queste nei casi in cui sono dalla legge autorizzate non producono ipoteca se non quando sono rivestite del Decreto giudiziale d'esecuzione. Ma l'articolo 2181 contiene una disposizione assai più severa che quella dell'articolo 2123 del

(1) Troplong, art. 2123, n. 440.

Codice Napoleone relativamente ai giudicati pronunciati in paese straniero, dichiarando che questi non conferiscono ipoteca sopra li beni situati ne' Regii Stati, salvo che i trattati politici ne contengano la disposizione espressa.

Sebbene, secondo il Codice Napoleone, le sentenze pronunciate in paese straniero per dare ipoteca debbano essere dichiarate eseguibili da un Tribunale dello Stato dove sono situati i beni, ciò nullameno tutti gl' Interpreti del Diritto Francese s'accordano nel dire che le sentenze proferite in estero paese dai Consoli Francesi negli affari di loro competenza producono l' ipoteca giudiziale sui beni situati in Francia senza bisogno di essere dichiarate eseguibili da un Tribunale Francese, e ciò perchè i Consoli Francesi sebbene residenti in estero paese ricevono la loro autorità e potere dal Governo Francese (1). Attenendosi a questa giurisprudenza l' articolo 2182 del Codice di Sardegna dispone che le sentenze legalmente pronunciate dai Regii Consoli ne' paesi ove sono stabiliti conferiranno ipoteca sui beni situati nello Stato, nel modo istesso che la producono le sentenze emanate dai Tribunali dell' interno.

Finalmente anche il Codice di Sardegna, ad imitazione della seconda parte dell' articolo 2123 del Codice Napoleone, dichiara nell' articolo 2183, che l' ipoteca giudiziale si può esperire sopra tutti gli immobili presenti e futuri del debitore.

671. Il Regolamento Ipotecario Pontificio, in piena conformità dell' articolo 2123 del Codice Napoleone, dispone nel § 120 che le sentenze definitive o provvisionali, emanate in contraddittorio o in contumacia del debitore, produrranno la ipoteca generale sopra i beni del medesimo a profitto di chi le ha ottenute, abbenchè la quantità del credito non sia liquida e certa. Dispone pure nel § 121 che le ricognizioni e verificazioni fatte in giudizio delle firme apposte alle private scritture contenenti obbligazione, producono anch' esse il diritto d' ipoteca generale sopra i beni del debitore; ma aggiunge, attenendosi alla massima stabilita dalla più volte citata Legge del 3 settembre 1807, che l' esercizio di questo diritto rimarrà sospeso fino al giorno in cui scade la obbligazione. Non deve però tacersi, a lode del Regolamento Pontificio, che il citato § 121, mentre conferma la massima stabilita dalla mentovata Legge del 3 settembre, non legittima e non au-

(1) Troplong, art. 2123, n. 452. Persil, art. 2123, n. 24.

torizza il fatal patto permesso dalla stessa Legge del 3 settembre, onde poteva essere concessa al creditore la facoltà di accendere efficacemente l'inscrizione anche prima della scadenza del debito; e in ciò il § 121 del Regolamento Pontificio è pienamente conforme alla disposizione dell'articolo 2177 del Codice di Parma.

Si fa dagl' Interpreti del Diritto Francese la questione, se i Decreti che ricevono le cauzioni giudiziarie diano o no l'ipoteca, e il Troplong non esita a dichiarare non poter nascere l'ipoteca da simili Decreti, come quelli che non importano alcuna condanna verso il fidejussore, le cui obbligazioni sono determinate dalla legge (1). Il Regolamento Ipotecario Pontificio, esagerando improvvidamente il principio dell' ipoteca giudiziale, non si è contentato di farla derivare dalle sentenze e dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle firme apposte alle private scritture contenenti obbligazione; ma col § 122 ha dichiarato che gli atti de' Cancellieri, coi quali si ricevono le cauzioni giudiziarie, produrranno la ipoteca generale sopra i beni del fidejussore, o delle parti che le avranno prestate. Dispone inoltre nel § 123 che produrranno egualmente ipoteca generale, 1° le ordinanze esecutive della mano regia competente al pubblico Erario ed ai Comuni; 2° le sentenze arbitramentali quando siano dichiarate esecutive nella forma prescritta dalle leggi di Procedura.

Gl' Interpreti del Diritto Francese interpretando largamente la disposizione dell' articolo 2123 del Codice Napoleone s' accordano nel dire che le decisioni proferite dalle Autorità amministrative entro i limiti delle loro attribuzioni producono l' ipoteca giudiziale, quando pronunziano una condanna (2). Questa interpretazione ottenne l' approvazione da un Parere del Consiglio di Stato confermato dal Governo il 24 maggio 1812. Anche ammesso il principio dell' ipoteca giudiziale, questa dovrebbe nascere soltanto dalle sentenze proferite dai Magistrati e Tribunali rivestiti di giurisdizione contenziosa; e perciò il § 124 del Regolamento Ipotecario Pontificio attribuisce alle deliberazioni dei Dicasteri che hanno podestà di decidere le controversie amministrative la forza di produrre l' ipoteca generale non in modo assoluto, ma soltanto dopo che saranno rese esecutorie dal Tribunale Ci-

(1) Art. 2123, n. 441.

(2) Troplong, art. 2123, n. 447. Persil, art. 2123, n. 25. Duranton, n. 334.

vile. Quanto poi ai giudicati dei Tribunali esteri il § 112 del Regolamento Pontificio dispone nella seconda parte che questi non producono l'ipoteca, quando non siano resi esecutivi dai Tribunali dello Stato in conformità delle leggi di Procedura.

672. Secondo l'articolo 67 del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, l'ipoteca giudiziale resulta, 1° dalla sentenza contraddittoria o contumaciale proferita dai Tribunali in prima o ulteriore istanza che porti condanna in favore delle persone dalle quali la sentenza è stata ottenuta ; 2° dai lodi e sentenze di Giudici compromissarj, arbitri, e arbitratori, dal giorno del Decreto dei Tribunali competenti che le dichiarano eseguibili. È grandemente da lodare il Legislatore Toscano di avere ristretto l'ipoteca giudiziale ai due soli casi espressi nel detto articolo 67, e di avere perciò abolita quella che secondo l'articolo 2123 del Codice Napoleone e le altre Leggi Italiane sopra mentovate deriva dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle firme apposte alle private scritture. Una delle più cattive e più fatali disposizioni del Codice Napoleone sulla materia ipotecaria è, a parer mio, l'ipoteca giudiziale derivante dalle ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata; perchè con tale ipoteca ha il legislatore dato in mano ai privati un mezzo legale di eludere la disposizione della legge che vuole nelle ipoteche convenzionali l'autenticità dell'atto e la specialità. D'altra parte, se i sostenitori dell'ipoteca giudiziale derivante dalle vere sentenze possono trovare un motivo per giustificarla nel maggior rispetto dovuto alle obbligazioni confermate dall'autorità di un Magistrato, che non alle obbligazioni risultanti da una semplice convenzione, non so qual ragione possano addurre per difendere una ipoteca giudiziale che l'articolo 2123 fa nascere da una semplice ricognizione fatta in giudizio di una scrittura privata, mentre una tale ricognizione non aggiugne un nuovo e più forte vincolo al debitore, ma dà semplicemente alla privata scrittura quella forza ed efficacia che per sè sola non avrebbe. Fu dunque una saggissima e importantissima modificazione portata dal Legislatore Toscano alla disposizione dell'articolo 2123 del Codice Napoleone la limitazione dell'ipoteca giudiziale ai soli due casi contemplati nel citato articolo 67. Quanto poi alle sentenze dei Tribunali esteri, anche l'articolo ora citato della Legge Toscana dichiara che le mede-

sime non conferiscono ipoteca, fintantochè non sieno state dichiarate eseguibili dai Tribunali Toscani, e dal giorno di tal dichiarazione, salve nei casi particolari le diverse disposizioni delle leggi politiche e dei trattati. Il legislatore di Toscana non è stato contento alla sola modificazione già accennata, onde fu ristretto il numero dei casi in cui l'ipoteca giudiziale può aver vita. Un'altra più radicale riforma ha portato all'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone e delle altre Leggi Italiane già menzionate. Questa importantissima riforma trovasi sancita nell'articolo 68, il quale dispone che l'ipoteca giudiziale non si estende che ai beni posseduti dal debitore nel giorno della condanna, della omologazione delle pronunzie degli arbitri, o della dichiarata esecuzione delle sentenze dei Tribunali esteri. Il vizio capitale che rende grandemente nociva e al credito fondiario fatalissima l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone è il carattere attribuitole di generalità assoluta, onde rimangono gravati tutti i beni immobili del debitore condannato presenti e futuri. Limitando il Motuproprio Toscano l'ipoteca giudiziale ai soli beni posseduti dal debitore nel giorno della condanna, della omologazione delle pronunzie degli Arbitri, o della dichiarata esecuzione delle sentenze dei Tribunali esteri, l'ha purgata dal peggior vizio di cui la lasciarono infetta gli altri Codici e Leggi Italiane sopra menzionate che seguirono le orme del Codice Napoleone, e i dotti Giureconsulti della gentile Toscana hanno ragione di andar lieti di questa utilissima riforma, e di lodare la sapienza del legislatore che la attuava.

673. Il Progetto Rouher proponeva l'abolizione completa dell'ipoteca giudiziale, e quindi l'articolo 2120 del detto Progetto distingueva l'ipoteca in due sole specie: « Elle est ou *légale* ou *conventionelle* (1). » Anche nel Progetto Vatimesnil era soppressa l'ipoteca giudiziale, e l'articolo 2108 distingueva esso pure, come l'articolo 2120 del Progetto Rouher, l'ipoteca in legale e convenzionale: « Elle est légale ou conventionelle. » Quando l'Assemblea Legislativa della Repubblica Francese prese nel 17 dicembre 1850 (2) a discutere il citato articolo 2108 del Progetto Vatimesnil, si accese una vivissima lotta fra i difensori dell'ipoteca giudiziale e i partigiani della abolizione proposta

(1) Moniteur Un., 10 avril 1850, n. 100.
(2) Moniteur Un., 18 décemb. 1850, n. 352.

dal Progetto Vatimesnil. Sorsero a difendere l'ipoteca giudiziale i deputati Louvet, Biché, Wolowski, Demante. Sostennero la necessità e la utilità della abolizione gli oratori Charlemagne, Crémieux, Valette, il Relatore della Commissione Vatimesnil. Louvet non negava il danno che l' ipoteca giudiziale reca al credito fondiario del debitore massime in vista della sua generalità; e tutti gli argomenti da lui addotti in difesa di questa ipoteca si riducevano a questo, che più del credito ipotecario, cui egli chiamava *il credito della diffidenza,* devesi favorire e proteggere il credito personale, che è il credito della confidenza; e che la soppressione dell' ipoteca giudiziale porterebbe un colpo fatale al credito personale del debitore, il quale più difficilmente troverebbe un somministratore, quando questi non potesse più sperare nell' ipoteca giudiziale nel caso di mancanza di pagamento alla scadenza del credito. — La semplice definizione del credito personale data dallo stesso deputato Louvet nel suo discorso bastava a mostrare che la soppressione dell' ipoteca giudiziale non poteva portare quel colpo *funesto, profondo, irreparabile* al credito personale, di cui egli si dava tanta pena. E infatti com' egli definiva il credito personale? Ecco la sua definizione: « Il credito personale è quello che s' accorda alla persona esclusivamente in vista di lei stessa, in vista della sua moralità, della sua solvibilità, senza esigere da lei alcun pegno ipotecario. » Se tale è il credito personale, come poteva dire il deputato Louvet che la soppressione dell' ipoteca giudiziale portava un colpo *funesto, profondo, irreparabile* al credito personale, ossia a quel credito che s' accorda alla persona *esclusivamente in vista di lei stessa, in vista della sua moralità, della sua solvibilità?* Il credito personale esclude anzi nel concetto del somministrante, che a tal credito si affida, l' idea dell' ipoteca giudiziale, la quale non può essere che il risultato di un giudizio e di una condanna. Chi facendo una somministrazione non esige alcuna garanzia ipotecaria, ciò fa appunto, perchè lo rende pienamente quieto e sicuro la fiducia da lui posta nell' onestà e solvibilità del debitore; e chi teme il pericolo anche lontanissimo di dover ricorrere un giorno al malaugurato rimedio degli atti e dell' ipoteca giudiziale che ne è la conseguenza, non è sì stolto da avventurare il suo capitale al solo credito personale senza stipulare una garanzia ipotecaria. Non si può assolutamente ammettere che l'aboli-

zione dell' ipoteca giudiziale sia un colpo funesto al credito personale, il quale non è appoggiato ad alcuna garanzia ipotecaria di nessun genere. Ma se da una parte il deputato Louvet si opponeva calorosamente all' abolizione dell' ipoteca giudiziale, dall' altra confessando gli inconvenienti che essa trae seco in grave pregiudizio del credito fondiario consentiva esso pure che l'Assemblea dovesse modificarla e riformarla. Dite solamente, concludeva il suo discorso, che l'ipoteca giudiziale in luogo di essere generale, diverrà speciale; dite che invece di risultare *ipso jure* dalla sentenza, sarà pronunciata dal Giudice; dite ancora, se voi volete, che non si potrà estendere in alcun caso ai beni avvenire, e voi avrete soddisfatto con ciò a tutte le esigenze del credito fondiario.

Il deputato Biché credeva di difendere la giustizia dell' ipoteca giudiziale col dire che quando il debitore venuta la scadenza non paga il suo debito, i rapporti di buona fede e di fiducia che esistevano tra lui e il creditore svaniscono interamente, perchè il debitore mancando al suo dovere inganna e delude la legittima speranza del creditore; che perciò per colpa dello stesso debitore divengono necessarie a sicurezza del pagamento garanzie non riputate necessarie all' epoca della formazione del credito; e che giustamente l' ingannato creditore domanda queste garanzie al Tribunale. — È verissimo che quando il debitore manca al dovuto pagamento, rimane fallita la legittima speranza del creditore, il quale tardi si pente di avere in buona fede creduto all' onestà e alla solvibilità del suo debitore. Ma per questo acquista egli il diritto di domandare garanzie ipotecarie al Tribunale ? No. Niuno, a parer mio, può ammettere questa sentenza. Il Tribunale non può e non deve accordare a questo creditore una garanzia che torna in pregiudizio della massa degli altri legittimi creditori, una garanzia che dà un titolo di preferenza sul prezzo delle sostanze del debitore. Il Tribunale non può e non deve far altro, riconosciuta la legittimità del credito di cui si verificò la scadenza, che accordare al creditore, che domanda il pagamento del suo avere, il diritto di far vendere nei legali modi i beni del debitore, onde il prezzo dei medesimi sia distribuito ed assegnato a cui è dovuto. — Il commerciante, diceva inoltre Biché, ha bisogno di sicurezza, la quale è l' anima del commercio, e questa sicurezza la trova nell' ipoteca giudiziale che gli garantirà un giorno

i suoi crediti chirografarj. — Nessuna classe tanto abborre dai giudizj, dai quali soli può sorgere l'ipoteca giudiziale, quanto quella dei commercianti, pei quali il credito personale e mobiliare è tutto; ed è appunto per questa ragione che mentre il credito fondiario è predominante nei paesi agricoli, il personale, come avverte l'illustre Economista Toscano Professor Corbani (1), prevale nei manifatturieri e commercianti. Se i commercianti dovessero trovare la loro sicurezza nell'ipoteca giudiziale, il commercio sarebbe annichilito. Domandava però anche il deputato Biché che la ipoteca giudiziale del Codice Napoleone fosse riformata, onde riuscisse il men che fosse possibile dannosa al credito fondiario, e soprattutto che fosse resa speciale. Noi, concludeva l'Oratore, non siamo stati chiamati qui per fare delle rivoluzioni, noi siamo stati chiamati qui per fare delle riforme. Organizzare la ipoteca giudiziale e renderla speciale è una riforma, demolirla una rivoluzione. — Abolire l'ipoteca giudiziale una rivoluzione!... Se una tale riforma metteva nell'animo del deputato Biché lo spavento di una rivoluzione, niuno farà le meraviglie che egli membro dell'Assemblea Repubblicana Francese, con tutte le forze dell'animo volesse salvare l'ipoteca giudiziale dalla morte che la minacciava.

Potrebbe recar meraviglia che l'illustre Economista Wolowski, caldo partigiano ed avvocato del credito fondiario, si facesse difensore dell'ipoteca giudiziale. Ma egli stesso nel suo eloquente Discorso spiega l'apparente contraddizione, e fa cessare la sorpresa col dire: « Io, caldo e risoluto partigiano del credito fondiario, domando la conservazione entro certi limiti dell'ipoteca giudiziale, perchè sono convinto che l'ipoteca giudiziale, specializzata sui beni attuali e posta sopra immobili determinati, non può portare alcun pregiudizio al credito fondiario, e perchè nei paesi ove il credito fondiario esiste e florisce, l'ipoteca giudiziale viene a fianco del credito territoriale senza fargli alcun danno. » L'illustre Wolowski, infatti, ben lungi di volere l'ipoteca giudiziale tal quale trovasi costituita nel Codice Napoleone, conveniva col deputato Charlemagne che la generalità dell'ipoteca giudiziale la rende una pessima instituzione. Egli invocando la disposizione della Legge di brumaio, anno 7, la quale limitava l'ipoteca giudiziale ai soli beni presenti, dimandava che fosse assolutamente

(1) Economia sociale, § 139.

proscritta dai beni futuri; egli la voleva altresì speciale sui beni presenti, e che quindi il creditore dovesse farla inscrivere sugli immobili determinati che egli saprà appartenere al suo debitore. Credo anch'io che la ipoteca giudiziale ridotta entro i saggi limiti segnati dal Wolowski non recherebbe al credito fondiario tutti i danni che gli porta l'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone. Ma io non posso convenire coll'illustre Economista quando cerca difendere l'ipoteca giudiziale dalla taccia d'ingiustizia. Quando si fa un prestito con iscrittura privata, egli dice, vi è l'obbligazione contratta dal debitore di pagare alla scadenza; ma vi è anche nello stesso tempo una stipulazione tacita che deriva dalla legge stessa e che dice che se il pagamento non avrà luogo nel tempo fissato, vi sarà una garanzia sussidiaria pel creditore; e così la legge stessa traccia il contratto d'ipoteca pel caso in cui la obbligazione non sarà pagata alla scadenza. — Io non so donde il Wolowski faccia nascere questa tacita stipulazione, che non è certamente nelle viste del debitore, il quale obbligandosi con scrittura privata non concorre colla sua volontà nè espressamente nè tacitamente a consentire alcuna garanzia ipotecaria nè presente nè futura. Ciò è sì vero, che la ipoteca giudiziale è imposta dalla legge al condannato debitore contro la sua volontà. Ma il Wolowski dice che questa stipulazione tacita deriva dalla legge stessa. Deriva dalla legge! Ciò potrà essere, ammesso il fatto che la legge fa nascere l'ipoteca giudiziale dalle sentenze di condanna. Ma ciò che si mette in dubbio è appunto la giustizia di questa legge, la quale, accordando l'ipoteca giudiziale, viola senza una giusta causa il sacro principio della eguaglianza, a cui tutti i creditori hanno diritto nella distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore.

Il meno caldo dei difensori dell'ipoteca giudiziale fu il deputato Demante; il quale, sebbene non convenisse in tutte le obbiezioni opposte dai suoi avversarj, non dissimulava però gl'inconvenienti che l'ipoteca giudiziale trae seco, e dimandava fosse conservata come una instituzione che da lungo tempo esiste, ed alla quale sono già abituati i costumi. Ma neppur egli la voleva conservare in vita tal quale trovasi scritta nel Codice Napoleone, e per cessare gli inconvenienti di cui è accusata era contento che invece di colpire tutti i beni presenti e futuri fosse ristretta, come sotto la Legge di brumaio, ai soli beni presenti, e che

anche quanto ai beni presenti fosse specializzata nell'inscrizione sopra ciascuno dei fondi del debitore individualmente nominati. Anch'egli concludeva: « La nostra missione principale è di organizzare ciò che esiste, di riformare gli abusi, e di distruggere il meno che potremo. »

L'ipoteca giudiziale sanzionata dal Codice Napoleone è una vera anomalia che non è punto in accordo colle altre disposizioni dello stesso Codice. Infatti, quando prima del Codice Napoleone l'ipoteca generale sui beni presenti e futuri nasceva *ipso jure* dalla semplice obbligazione generale dei beni espressa o sottintesa negli atti autentici, era anche naturale che uguale effetto potessero produrre le sentenze di condanna, come quelle che non doveano avere minor forza di un atto autentico. Ma dopo che il Codice Napoleone ha proscritta sapientemente l'ipoteca convenzionale generale sui beni presenti e futuri, dopo che gli atti autentici non danno più ipoteca a meno che non sia questa espressamente e specialmente stipulata, riesce assolutamente inesplicabile che i Compilatori del lodato Codice abbiano voluto attribuire alle sentenze la forza di produrre una ipoteca generale sui beni presenti e futuri del condannato. Di quest'argomento si valse il deputato Charlemagne per combattere l'ipoteca giudiziale, il quale ne mostrava anche l'ingiustizia per la ragione che il Magistrato deve riconoscere e far rispettare i legittimi diritti dei cittadini, ma non deve avere la facoltà di creare colla sua sentenza e attribuire nuovi diritti che prima non competevano al vincitore. Io, nemico dichiarato dell'ipoteca giudiziale, fo plauso al Charlemagne e al Crémieux di averla energicamente combattuta e di averne chiesta l'abolizione; ma non mi pare però che avessero ragione di sostenere che l'ipoteca giudiziale deve essere abolita anche in vista della sua generalità sui beni presenti e futuri del debitore. L'ipoteca giudiziale può benissimo essere ristretta ai soli beni presenti del debitore, e può anche essere specializzata colla inscrizione, come voleva Wolowski, imponendosi l'obbligo al creditore, che vuole farne uso, d'inscriverla specialmente sopra ciascuno degli immobili appartenenti al debitore al momento della proferita sentenza di condanna. Io non capisco come Charlemagne e il Crémieux potessero dire che l'ipoteca giudiziale non può sussistere se non rivestita del fatale carattere attribuitole dal Codice Napoleone, quello cioè della generalità sui beni presenti e

futuri del condannato. La Legge di brumaio non la limitava forse ai soli beni presenti? Ma, senza ricorrere alla Legge di brumaio, per mostrare che il pensiero del Wolowski e degli altri Oratori sopra nominati dell'Assemblea Legislativa della Repubblica Francese, i quali dimandavano la riforma della ipoteca giudiziale, non era nè un sogno nè un'utopia, mi è caro poter citare una Legge Italiana, voglio dire il Sovrano Motuproprio sopra i privilegi e le ipoteche del 2 maggio 1836 del Granduca di Toscana Leopoldo Secondo, il quale e limitò sapientemente, come ho già avvertito più sopra, la ipoteca giudiziale ai beni presenti del debitore, e di più la rese speciale col mezzo della inscrizione. Ecco le disposizioni degli articoli 68 e 81 del lodato Motuproprio: « *L'ipoteca giudiziale non si estende che ai beni posseduti dal debitore nel giorno della condanna, della omologazione delle pronunzie degli Arbitri, o della dichiarata esecuzione delle sentenze dei Tribunali esteri.* » — « *La inscrizione della ipoteca giudiziale si eseguisce sopra ciascuno degli stabili posseduti dal succumbente nel giorno della condanna..... Per la inscrizione pure di questa ipoteca ha luogo il disposto del precedente articolo* 79. » Il quale articolo 79, a cui si riporta l'articolo 81, dispone ciò che segue: « *Non si ammette la inscrizione della ipoteca convenzionale se la somma per cui è stipulata non resulta certa e determinata dall'atto; e se resultasse incerta per le condizioni o l'eventualità del credito, o per la sua indeterminazione, può in tal caso il creditore determinare lui stesso il credito in una somma approssimativa, e ha luogo l'inscrizione per la somma così dichiarata e determinata, salvo al debitore il suo diritto per la riduzione.* » Ecco che ciò che dimandava il Wolowski all'Assemblea Legislativa Francese nel 1850 non solo era possibile, ma era già stato attuato in Toscana sin dall'anno 1836. Cosa, infatti, chiedeva il Wolowski? Lo dirò colle sue stesse parole: « Noi dimandiamo semplicemente che in caso di condanna il Tribunale fissi le somme per le quali la condanna è accordata, il che è possibile; noi dimandiamo inoltre che la sentenza così proferita serva al creditore che l'avrà ottenuta come un titolo ipotecario, e che in virtù di questa sentenza il creditore faccia inscrivere la sua ipoteca sugli immobili che egli saprà appartenere al debitore. » Non so, a dir vero, come l'illustre Crémieux potesse dire che al Wolowski senza un miracolo non

sarebbe mai venuto fatto di mettere la ipoteca giudiziale in armonia coi due principj della pubblicità e della specialità, e che la ipoteca giudiziale non può essere altro che quella che è sotto il Codice Napoleone, cioè essenzialmente generale sui beni presenti e futuri. Credo piuttosto che avesse il Crémieux ragione di dire che, ammessa l'ipoteca giudiziale derivante dalle sentenze, il Giudice, il cui uffizio è quello di definire i diritti delle parti che vengono a chiedergli giustizia, si converte in Notaro. Nemmeno mi muoverebbe a contraddire all'ipoteca giudiziale l'argomento del deputato Valette, il quale la chiamava ingiusta per la ragione che il creditore, il quale ebbe la fortuna di essere giudicato pel primo, può portar via tutte le sostanze del debitore in danno degli altri; che per mille circostanze indipendenti dalla loro colpa ebbero la mala sorte di essere giudicati dopo o di ottener dopo dalla Cancelleria la copia della sentenza. Primieramente più che dall'azzardo dipende dalla diversità delle scadenze dei varj debiti la diversità delle date dei rispettivi giudicati, o anche dalla maggiore o minore importanza e complicazione dei giudizj che vengono intentati separatamente dai diversi creditori contro il comun debitore. Ma quand'anche l'ipoteca giudiziale fosse il premio della corsa, come la chiamava il deputato Valette, non per questo si potrebbe dire ingiusta, perchè è secondo l'ordine ordinario e naturale degli umani negozj che l'attività e la diligenza godano di vantaggi e benefizj non riserbati ai pigri e agl'infingardi, e perchè la legge stessa proclama il principio — *Jura scripta sunt vigilantibus.* — E neppure avrebbe per me gran forza per indurmi a combattere l'ipoteca giudiziale l'argomento di Vatimesnil, che il creditore che si è contentato di una scrittura privata ha rinunziato volontariamente ad ogni garanzia ipotecaria e si è assoggettato alla regola generale del contributo stabilita dalla legge per tutti i creditori chirografarj. Imperocchè, se quest'argomento può valere contro i creditori che fecero crediti con private scritture, non potrebbe avere alcuna forza contro quei creditori, la cui azione deriva o da delitto o da quasi delitto o direttamente dalla legge indipendentemente da patti e stipulazioni.

Lungo sarebbe a dire tutti gli argomenti che furono addotti in favore e contro l'ipoteca giudiziale dagli Oratori dell'Assemblea Legislativa di cui ho fatto menzione. Ma se le opi-

nioni possono essere divise e incerte considerata la ipoteca giudiziale sotto il punto di vista della utilità, io tengo per fermissimo che chiunque la guarda sotto il punto di vista più importante della ingiustizia, debba assolutamente avversarla. Sia pure innocua al credito fondiario la ipoteca giudiziale ristretta entro i confini indicati dal Wolowski; sia anche, se si vuole, utile al credito personale, come pretendevano alcuni degli Oratori dell'Assemblea Legislativa Francese; si prescinda anche dalla sua incompatibilità coi principj della moderna legislazione, secondo i quali gli atti autentici non hanno più forza di produrre ipoteca, se questa non è espressamente e specialmente stipulata. Cesserà per questo di essere una ingiusta instituzione? Per me, ciò che rende intrinsecamente cattiva la ipoteca giudiziale è la sua ingiustizia. Il Giudice deve definire tra i due litiganti i diritti che spettano all'uno e all'altro, e non è giusto che al Magistrato si dia un potere che non è proprio del suo uffizio, il potere cioè di creare colla sua sentenza diritti che i litiganti non aveano prima del giudizio. Ulpiano nella L. 8, D. *Si serv. vind.*, parlando di un caso di servitù, dice chiaramente quali sono i poteri e le facoltà del Magistrato: « Per sententiam non debet servitus constitui, sed, quæ est, declarari. » Diceva giustamente Vatimesnil avanti l'Assemblea Francese: « Les jugements ne doivent être que déclaratifs de droits, jamais attributifs. » Quando si fa nascere dalla sentenza l'ipoteca giudiziale, il vincitore acquista un nuovo diritto che prima non aveva. Ciò non è tutto. Quale diritto acquista il vincitore? Forse un diritto nuovo esercibile in faccia al vinto? No. Un diritto esercibile in faccia alla massa dei creditori del vinto, un diritto di preferenza, il quale si risolve nella sostanza in un privilegio, sul prezzo dei beni del vinto in danno degli altri creditori di lui, e ciò con manifesta violazione del principio d'eguaglianza dalla stessa legge stabilito, secondo il quale i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e il prezzo si comparte fra essi per contributo. Si dirà che questa legge di eguaglianza è violata dal legislatore anche colla concessione dei privilegi e delle ipoteche legali. Ma perchè accorda la legge alcuni privilegi? Li accorda in vista della particolare qualità e natura di alcuni crediti raccomandati da motivi di somma equità o di pubblico interesse. E le ipoteche legali altro non sono che un'egida, onde il legislatore protegge

e difende i diritti dei deboli e degli incapaci. Il litigante che esce vincitore dalla lotta giudiziale deve essere contento che l'autorità del Magistrato abbia fatto ragione alle sue giuste domande, e che abbia in lui riconosciuto il diritto di mettersi nella fila dei creditori del vinto. Quando la legge viola la regola d'eguaglianza da essa medesima stabilita per la distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore, deve farlo per giuste cause, trattandosi di una regola fondata su principj di rigorosa giustizia che interessa non il debitore, ma i terzi, ossia la massa dei creditori di lui, e questa giusta causa manca assolutamente per chi fu dichiarato creditore con sentenza del Magistrato. Quando fu presentato il Progetto di legge sulle Ipoteche, che fu poi sanzionato dalla autorità di Napoleone, per giustificare l'ipoteca giudiziale venne addotto il seguente motivo: « On obtient des condamnations contre un citoyen; les jugements ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effets qu'à des contrats authentiques. » Questo motivo addotto da Treilhard per mostrare la giustizia della ipoteca giudiziale, non valeva anzi ad escluderla? Egli infatti diceva che le sentenze dei Magistrati dovevano avere gli stessi effetti che gli atti autentici, i quali per le disposizioni del Codice Napoleone non hanno virtù di produrre l'ipoteca, a meno che non sia stipulata con espressa convenzione. Lo stesso motivo addotto da Treilhard è la sentenza di condanna della ipoteca giudiziale. E se alcuno domandasse il perchè i saggi Compilatori del Codice Napoleone poterono indursi a sanzionare questa ipoteca che urta colle altre disposizioni dello stesso Codice, io credo che non si possa fare miglior risposta di quella che fece Vatimesnil avanti l'Assemblea Legislativa della Repubblica Francese: « C'est que les Jurisconsultes les plus éminents sont quelquefois esclaves des habitudes et des traditions. » Io tengo per fermissimo che gli Avvocati e difensori dell'ipoteca giudiziale non riusciranno mai a purgarla dalla macchia d'ingiustizia ond'è infetta. E finirò colle brevi e sublimi parole di Bethmont Relatore del Rapporto fatto dal Consiglio di Stato sotto l'ultima Repubblica Francese sulla riforma della Legge Ipotecaria, colle quali il Deputato Charlemagne chiudeva il suo discorso: « La suppression de l'hypothèque judiciaire n'est pas seulement un droit, c'est un devoir pour le législateur. » E a questo dovere adempiva l'Assemblea Legislativa della Repubblica Francese, la quale nella seduta del 18

dicembre 1850 (1) rigettando con un solenne voto, che grandemente onora quell'Assemblea, l'aggiunta *ou judiciaire* proposta in via d'emendamento all'articolo 2108 del Progetto Vatimesnil, confermò e adottò il detto articolo, che distingueva l'ipoteca in due sole specie, legale e convenzionale, ed abolì per tal modo interamente l'ipoteca giudiziale.

674. Ai Compilatori del Codice di Modena parve bene conservare in vita l'ipoteca giudiziale, lasciandole il carattere d'ipoteca generale sui beni presenti e futuri, e di ciò li loderanno i partigiani dell'ipoteca giudiziale. Io, avversario dell'ipoteca giudiziale, mi farò a criticarli? Se le mie convinzioni mi vietano di encomiare una instituzione ch'io credo cattiva e ingiusta, non per questo farò le parti del critico e del censore. Imperocchè questo punto dell'ipoteca giudiziale è uno di quelli, sui quali si trovano divise e discordi le opinioni di sommi Giureconsulti, e lo stesso Crémieux, che fu uno degli Oratori che nell'Assemblea Legislativa Francese fecero guerra all'ipoteca giudiziale, cominciò il suo eloquente Discorso colle seguenti parole, le quali provano l'importanza ch'egli dava alla discussione che dovea decidere della vita o della morte dell'ipoteca giudiziale: « Sostengo il Progetto della Commissione, che è anche il Progetto del Governo, che è anche il Progetto del Consiglio di Stato; ma nello stesso tempo non voglio dissimulare all'Assemblea che la questione presenta delle difficoltà assai serie, che essa ha dei punti di vista difficili, e che non può essere altrimenti quando si tratta di portar la mano sopra una instituzione che risale a secoli e che ha per sè lunghe abitudini. » I Compilatori del Codice di Modena, se non abolirono l'ipoteca giudiziale, la ridussero però saggiamente entro più angusti confini di quella del Codice Napoleone. Primieramente, questo Codice fa nascere l'ipoteca giudiziale dalle sentenze *definitive* o *provvisionali*. Al contrario, secondo l'articolo 2175 del Codice di Modena l'ipoteca giudiziale procede dalle sole sentenze definitive: « *L'ipoteca giudiziale procede dalle sentenze definitive anche contumaciali.* » Inoltre l'ipoteca giudiziale più ingiusta si è quella che il Codice Napoleone fa derivare dalle semplici ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle firme apposte alle private scritture, perchè una tale ipoteca è anche contraria al contratto stipulato dal credi-

(1) Moniteur Un., 19 décemb. 1850, n. 353.

tore col suo debitore. La legge addita ai creditori due vie per assicurare i capitali da essi dati a prestanza, il credito personale e il credito ipotecario o fondiario; il primo, appoggiato alla buona fede e alla onestà del debitore; il secondo, ad una efficace garanzia ipotecaria stipulata con atto autentico nei modi stabiliti dalla legge. Chi si fidò al credito personale e stette contento ad una semplice scrittura non autentica, si assoggettò da sè stesso volontariamente alla regola generale del contributo, colla quale deve farsi la distribuzione del prezzo dei beni del debitore alla massa dei creditori personali o chirografarj; e quando la legge gli accorda una ipoteca giudiziale all'appoggio della semplice giudiziale ricognizione della firma del debitore, gli dà un diritto d'ipoteca cui egli non volle stipulare al momento della scrittura contentandosi di essere nel numero dei creditori chirografarj, e glielo accorda in pregiudizio degli altri creditori, che come lui si fidarono al solo credito personale del debitore. Se è sempre ingiusta l'ipoteca giudiziale appunto perchè il ministero del Giudice deve definire e dichiarare i diritti già spettanti ai litiganti e non crearne e attribuirne dei nuovi, ingiustissima si è quella che il Codice Napoleone fa risultare dalle ricognizioni o verificazioni giudiziali della firma del debitore; perchè in quest' ultimo caso la legge col mezzo dell' autorità del Giudice viola anche in pregiudizio dei terzi la fede dei patti stipulati tra il debitore e il creditore. *Jura scripta sunt vigilantibus;* e il creditore che potendo pretendere una garanzia ipotecaria si fidò della parola del debitore, deve incolpare sè stesso e le proprie illusioni, se, suonata l'ora del pagamento, il debitore fallisce al suo dovere. Non mi dicano i difensori dell' ipoteca giudiziale che la mancanza di pagamento del debito all' epoca della scadenza costituisce un fatto nuovo che autorizza la legge ad accordare coll' organo del Magistrato al creditore garanzie non stipulate colla scrittura del credito. Imperocchè questo nuovo fatto, sul quale tanto si fondavano alcuni dei Deputati che perorarono la causa dell' ipoteca giudiziale avanti l' Assemblea Legislativa Francese, è forse un fatto straordinario che il creditore non poteva e non doveva prevedere, o non è invece un fatto facilissimo ad accadere, e che tutti i creditori, cui cale dei loro interessi e della restituzione dei proprj capitali, e sanno e possono e debbono prevedere? Perchè la legge deve accordar garan-

zie che il creditore avente la libera amministrazione dei proprj beni e non curante della sicurezza dei proprj capitali, o troppo ingenuo e balordo, non si curò di stipulare? Al creditore che fidandosi alla buona fede del debitore si duole di essere stato tradito, si può rispondere coi seguenti versi di Orazio:

> *Insanit veteres statuas Damasippus emendo;*
> *Integer est mentis Damasippi creditor? Esto.*
> *Accipe quod nunquam reddas mihi, si tibi dicam,*
> *Tunc insanus eris, si acceperis? an magis excors*
> *Rejecta præda, quam præsens Mercurius fert?*
> . . . .
> *Si male rem gerere, insani est; contra, bene sani;*
> *Putidius multo cerebrum est (mihi crede) Perilli,*
> *Dictantis, quod nunquam rescribere possis* (1).

D'altra parte, le ipoteche che rendono indispensabili le graduatorie giudiziali con danno il più delle volte irreparabile del povero debitore e dei creditori chirografarj, sono appunto le ipoteche generali inscritte all'appoggio delle ricognizioni fatte in giudizio della firma del debitore. Imperocchè, al primo segnale di diffidenza dato da un creditore che fatta riconoscere la propria scrittura acquista e inscrive la ipoteca giudiziale, tutta la schiera dei creditori chirografarj muniti di semplice privata scrittura invade le porte del Tribunale, fulmina di citazioni il debitore, e, ottenuta la giudiziale ricognizione della firma, copre d'inscrizioni l'intero patrimonio di lui, il quale, rimasto senza un palmo di terra libera, viene precipitato nell'abisso del fallimento dalla mano degli stessi creditori, che aveano tutto l'interesse di evitare una crisi la quale farà assorbire una buona parte dei beni dal Tribunale, padre umano quanto Saturno che divorava i suoi figli. I Compilatori del Codice di Modena facendo risultare l'ipoteca giudiziale dalle sole sentenze definitive hanno saviamente abolito l'abuso fatale di quelle ipoteche giudiziali che l'articolo 2123 del Codice Napoleone fa nascere dalle semplici ricognizioni o verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo esteso in iscrittura privata; ed è questa una importantissima modificazione e degna di grande elogio recata all'ipoteca giudiziale del Codice Napoleone. Ma i Compilatori del Codice di Modena, se volevano pur conservare in vita l'ipoteca

(1) Sat. 3, lib. 2.

giudiziale, non doveano, a parer mio, limitarsi a questa sola riforma. Sarebbero stati grandemente benemeriti della prosperità del credito fondiario, se, imitando il bell'esempio dato da Leopoldo Secondo di Toscana col suo Motuproprio del 2 maggio 1836, avessero ristretta l'ipoteca giudiziale ai soli beni immobili posseduti dal debitore al momento della sentenza di condanna. Io farò voti che il ferro del legislatore tronchi dalla radice la fatal pianta dell'ipoteca giudiziale, alla cui ombra letifera intisichisce il credito fondiario che ha bisogno di libertà e di luce; ma se può a taluni parer questa ch'io desidero una troppo ardita riforma, credo che almeno avrò compagni la più parte dei Giureconsulti e dei proprietarj del mio diletto paese nel desiderare che la ipoteca giudiziale sia chiusa ai beni avvenire, e ai soli beni limitata e ristretta dal debitore posseduti nel momento della proferita sentenza.

Gli altri articoli 2176 e 2177 del Codice di Modena riguardano le sentenze degli Arbitri, e le sentenze pronunziate all'estero, e dispongono ciò che segue: « Art. 2176. *Le sentenze o lodi degli Arbitri producono ipoteca soltanto allorchè sono passate in autorità di cosa giudicata.* » — « Art. 2177. *Le sentenze pronunziate all'estero non producono ipoteca, a meno che non sieno state dichiarate esecutorie dal Supremo Tribunale di questi Stati, salvo le disposizioni contrarie che possono derivare dalle Leggi politiche o dai Trattati.* »

DELLE IPOTECHE CONVENZIONALI.

Articolo 2124.

Non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano.

SOMMARIO.

675. Quelli che costituiscono una ipoteca convenzionale devono avere la facoltà di alienare l'immobile ipotecato. Questa facoltà importa

due condizioni, dominio sulla cosa, e libera facoltà di disporne.

676. L'ipotecante deve avere il dominio della cosa ipotecata. Basta anche il dominio utile. L'usufruttuario non può ipotecare per mancanza di dominio il fondo soggetto all'usufrutto, ma può semplicemente ipotecare il diritto dell'usufrutto.

677. Se il condomino possa ipotecare il fondo che ha comune con altri.

678. In qual momento l'ipotecante deve essere padrone della cosa ipotecata.

679. Non si può ipotecare la cosa altrui senza l'assenso del padrone. Se basti il consenso tacito secondo i principj del Codice Napoleone.

680. Se la ratifica del proprietario convalidi l'ipoteca costituita da chi non era proprietario del fondo ipotecato.

681. Se possa costituire ipoteca il mandatario sui beni del mandante.

682. Se il marito possa ipotecare i beni della moglie.

683. La disposizione dell'articolo 2124 del Codice Napoleone è ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna.

684. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche determina gli effetti dell'ipoteca costituita dal condomino sui beni comuni *pro indiviso*.

685. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell'articolo 2124 del Codice Napoleone.

675. L'ipoteca è un diritto reale, e sebbene il debitore non perda il dominio dei fondi ipotecati, è però certo che non può più disporne in pregiudizio dei creditori ipotecarj, il cui diritto radicato sulla cosa riman fermo ed incrollabile, come stabilisce la L. 10, C. *De rem. pignor.*, non ostante qualunque alienazione fatta per qualsiasi titolo e causa dal debitore. Nè questo diritto reale derivante dall'ipoteca è un diritto sterile o di poca importanza, come quello che dà al creditore ipotecario la piena facoltà di domandare la vendita forzosa del fondo ipotecato non solo in faccia al debitore, ma altresì al terzo possessore. Se pertanto l'ipoteca importa a favore del creditore un gius *in re* esercibile in faccia a qualunque terzo possessore, il cui risultato è la vendita giudiziale del fondo ipotecato, è chiaro che quelli soli potranno costituire ipoteca che hanno la facoltà di alienare. Questo principio è chiaramente consacrato dall'articolo 2124, ed è la ripetizione della massima proclamata da Giustiniano nella L. 7, C. *De reb. alien. non alienandis:* « Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii

alienationem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. » La quale facoltà di alienare, di cui deve essere rivestito l'ipotecante, importa virtualmente e necessariamente due condizioni, cioè 1° dominio sulla cosa, che forma il soggetto dell'ipoteca; 2° libera facoltà nell'ipotecante di disporre delle proprie sostanze (1). » Ora ci occuperemo della prima condizione. Della seconda sotto l'articolo 2126 terremo brevemente discorso.

676. L'ipotecante deve avere il dominio della cosa ipotecata, senza del quale non potrebbe trasferire nel creditore quel gius reale che è l'oggetto della costituita ipoteca. Il padrone è quegli propriamente a cui la L. 23, pr. D. *De rei vind.*, accorda l'azione di rivendicazione; ma siccome l'equità Pretoria considera come padrone anche quello, cui viene concessa l'azione Publiciana (2); così la L. 18, D. *De pign. et hyp.*, tiene per valida l'ipoteca costituita da colui che sebbene non possa rigorosamente intentare l'azione di rivendicazione, ha però il diritto di far valere l'azione Publiciana: « Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. « Non è però necessario che il dominio dell'ipotecante sia pieno ed assoluto, e perciò la L. 15, D. *Qui pot. in pign.*, accorda al superficiario il diritto d'ipotecare la superficie posta sul suolo altrui: « Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest. » Così pure l'enfiteuta che ha il dominio utile può ipotecare il fondo enfiteutico. Che anzi l'enfiteuta è più libero d'ipotecare che di vendere, perchè mentre nel caso di vendita del fondo enfiteutico la legge riserva alcuni diritti al direttario, cioè il gius di prelazione e il gius dei laudemj, la costituzione dell'ipoteca può farsi liberamente dall'enfiteuta senza che il direttario, al quale non deve esser fatta alcuna interpellazione, possa muovere alcuna opposizione. Ciò che dicesi dell'enfiteuta non può ripetersi dell'usufruttuario, perchè il diritto dell'usufrutto è assai più debole del gius enfiteutico (3), essendo quest'ultimo un dominio utile, mentre il primo è una semplice servitù personale costituita sulla cosa altrui. Il gius reale del-

(1) Pothier, ad Pand., lib. 20, tit. 1, art. 3, n. 11. Persil, art. 2124, n. 1.
(2) Instit. lib. 4, tit. 6, § 4.
(3) Borsari, Il contratto d'enfiteusi, n. 44.

l'ipoteca dà diritto al creditore ipotecario, che riceve dal proprietario un fondo in ipoteca, di vendere nei modi legali il fondo ipotecato e di trasferire nel compratore la proprietà, come risulta chiaramente dalla L. 46, D. *De adquir. rer. dominio:* « Nam et creditor, pignus vendendo, causam dominii præstat, quam ipse non habuit. » Come dunque un creditore ipotecario avente causa da un semplice usufruttario potrebbe alienare il fondo e trasferire nel compratore il dominio, mentre l'usufruttuario non ha alcun gius di dominio sul fondo soggetto all'usufrutto? È troppo chiaro ed evidente che l'usufruttuario non può avere alcun diritto d'ipotecare il fondo, di cui ha l'usufrutto, non avendo su di esso alcun dominio. Ma se l'usufruttuario non ha diritto d'ipotecare il fondo sottoposto al suo usufrutto, nessuno gli può contrastare quello d'ipotecare il suo diritto d'usufrutto, e ciò perchè il diritto d'usufrutto costituito su beni immobili, che è dall'articolo 526 considerato bene immobile per l'oggetto cui si riferisce, è dall'articolo 2118 dichiarato capace d'ipoteca al pari degli stessi beni per loro natura immobili.

677. Il proprietario può ipotecare il fondo che ha comune con un altro? Se si tratta di fondo comune *pro diviso*, non vi può esser luogo ad alcun dubbio, perchè i fondi comuni *pro diviso* sono propriamente tanti fondi separati e distinti, quante sono le parti divise di ciascun proprietario, come dice la L. 6, § 1, D. *Comm. præd. tam urbanorum.* Dice anzi la L. 5, § 16, D. *De reb. eor. qui sub tut.,* che i fondi comuni *pro diviso* non si possono chiamare comuni: « Communia prædia accipere debemus, si pro indiviso communia sint. » Esaminiamo piuttosto il punto, se il condomino di un fondo comune *pro indiviso* possa ipotecare il fondo comune. La L. 2, D. *De servit.,* stabilisce che uno dei condomini non può imporre una servitù sul fondo comune. Ma se è vietato al condomino di imporre una servitù sul fondo comune, essendo l'esercizio della servitù lesivo del gius degli altri comproprietarj, nulla vieta al condomino di vendere la propria porzione del fondo comune, perchè una tal vendita lascia intatti i diritti degli altri. Vediamo infatti nella L. 13, § 17, D. *De action. em. et vend.,* fatta menzione della vendita della propria quota fatta da un condomino: « Fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti. » Come il condomino può vendere la propria quota, con eguale diritto può ipotecarla;

e tale diritto trovasi espressamente accordato nella L. 7, § ult., D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur*, la quale determina anche le conseguenze e gli effetti dell' ipoteca costituita dal condomino sulla porzione *pro indiviso* a lui spettante, verificandosi la divisione del fondo comune: « Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit: sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. » La divisione che si fa del fondo già comune *pro indiviso* tra due o più condomini nulla aggiunge e nulla toglie all' ipoteca costituita prima da uno di essi; e siccome questa gravitava su una porzione che essendo indivisa, era, dirò così, diffusa, come dice il Brunnemanno (1), su ciascuna gleba del fondo — *creditor habet jus reale in qualibet particula prædii pro parte indivisa;* — così anche dopo la divisione il creditore continua ad avere l' ipoteca sulla stessa porzione indivisa, come se la divisione non avesse avuto luogo; e ciò anche nel caso che l' intero fondo sia aggiudicato ad uno solo dei condomini, come dice la L. 6, § 8, D. *Communi dividundo:* « Si fundus comunis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo: sed jus pignoris creditori manebit, etiam si adjudicatus fuerit; nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. » La ragione, per cui la divisione del fondo comune non varia per nulla lo stato dell' ipoteca costituita prima da uno dei comuni sulla sua porzione indivisa, dipende da ciò che i Romani consideravano la divisione come una specie di permuta o di vendita, colla quale ciascuno dei condomini acquistava dagli altri la loro quota di dominio *pro indiviso*, e per conseguenza l' acquistava colle stesse ipoteche onde era stata gravata (2). Dal Diritto Francese anteriore al Codice Napoleone l' atto di divisione era riguardato sotto un punto di vista affatto differente da quello del Diritto Romano. Imperocchè la divisione, la quale nulla avea di comune nè colla permuta nè colla vendita, non facea altro che fissare la porzione indeterminata che ciascuno dei coeredi o condomini avea sulla eredità o sui beni comuni; nessuno dei coeredi o condividenti acquistava la porzione degli altri; e ciascuno perciò riputavasi proprietario dei beni a lui assegnati coll' atto

(1) Ad L. 7, § fin. D. *Quib. mod. pign. vel hyp.*

(2) Pothier, Traité du contrat de vente, n. 631.

di divisione sin dal giorno in cui era cominciata la comunione (1). Anche il Codice Napoleone considera la divisione sotto quest'ultimo punto di vista, come risulta chiaramente dall'articolo 883, il quale stabilisce che ogni coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, o a lui pervenuti per licitazione, e che non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditarj. Diverso quindi è il risultato delle ipoteche costituite sui fondi comuni da uno dei condomini secondo i principj del Codice Napoleone da quello che derivava secondo i principj della Romana Giurisprudenza (2). Imperocchè, siccome la quota o fondo assegnato al coerede o condividente si considera essere sempre stato di esclusiva proprietà del medesimo, così l'ipoteca da lui costituita prima della divisione colpisce soltanto la quota o fondo che gli viene poscia nell'atto di divisione assegnato definitivamente. Il coerede non ha sui beni comuni prima della divisione che un diritto indeterminato, il quale si restringe e concentra nelle cose che gli toccano nella divisione. Quindi è che le ipoteche del condomino individualmente consentite si restringono in forza della massima stabilita dal citato articolo 883, e si concentrano nei soli beni che gli vengono assegnati; e si sostengono finchè colla divisione non sia il condomino che le costituì interamente spogliato dei fondi ipotecati (3). Anche secondo i principj del Codice Napoleone il condomino può ipotecare il fondo comune, del quale ha una proprietà vera ed alienabile; ma la ipoteca da lui costituita è necessariamente risolubile, se il fondo ipotecato non viene a lui assegnato nella divisione, perchè questa circoscrive la ragione di condominio, che si estendeva a tutto il fondo e ad ogni sua gleba, ai soli fondi assegnati all'ipotecante nella stessa divisione (4). È pertanto rilevantissima la differenza che passa tra il Codice Napoleone e il Diritto Romano quanto all'ipoteca costituita dal condomino. Imperocchè, secondo il Diritto Romano, l'ipoteca costituita dal condomino continuava a sussistere anche dopo la divisione sul

(1) Pothier, loc. cit.

(2) Troplong, art. 2125, n. 469 bis.

(3) Decisione del Supremo Consiglio di Modena, n. 672, del 29 novembre 1828, tomo 3, pag. 107.

(4) Dec. del Sup. Cons. di Mod., n. 187, del 30 maggio 1820, tomo 1, pag. 153.

condominio *pro indiviso,* sul quale era stata imposta; laddove secondo i principj del Codice Napoleone dopo la divisione rimane concentrata nell'intero fondo ipotecato, se questo viene assegnato al condomino che costituì l'ipoteca, e rimane *ipso jure* risoluta, se il fondo ipotecato tocca nella divisione agli altri condomini.

678. Se l'ipotecante deve essere padrone della cosa ipotecata, è chiaro che dovrà esserlo al momento in cui costituisce l'ipoteca (1). Questo principio trovasi chiaramente stabilito nella L. 23, D. *De probationibus:* « Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore; aut cujus voluntate hypotheca data sit. » Se non che questo principio, secondo il quale l'ipotecante deve essere padrone della cosa ipotecata al momento in cui l'ipoteca è costituita, è applicabile soltanto al caso delle ipoteche speciali; e la L. 15, § 1, D. *De pignor. et hyp.,* a queste sole lo limita espressamente. Nell'ipoteca generale cadono anche i beni futuri, e rispetto a questi gli effetti dell'ipoteca, come notai altra volta (2), si retrotraggono al giorno in cui ebbe vita ed origine.

679. Dal principio or ora detto discende come corollario un'altra massima, cioè che l'ipotecante, come quegli che deve essere padrone della cosa ipotecata al momento della costituita ipoteca, non può ipotecare la cosa altrui. In ciò la condizione dell'ipotecante è diversa da quella del venditore, perchè la L. 28, D. *De contr. emt.,* dichiara valida la vendita della cosa altrui. Il Voet spiega con molta chiarezza la ragione, per cui l'ipotecante, a differenza del venditore, deve essere padrone della cosa ipotecata al momento della costituita ipoteca: « Cum ex pignoris aut hypothecæ constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet, qui jus pignoris alteri constituere vult: at venditor emtori nullum constituit jus in re, sed tantum ex contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est, ut ullo jure in re munitus sit (3). » Il principio che vieta e dichiara nulla l'ipoteca costituita sul fondo altrui è solennemente proclamato

(1) Pothier, ad Pand., lib. 20, tit. 1, n. 12.
(2) N. 635.
(3) Lib. 20, tit. 3, n. 3.

nella L. 6, C. *Si aliena res pignori:* « Per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. » Questo principio è così rigorosamente osservato che la L. un. C., *Si com. res pignori,* dichiara che la ipoteca costituita da uno dei condomini sul fondo comune non può per alcuna guisa colpire la porzione di condominio spettante all'altro: « Vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit. » Ma anche la cosa altrui può essere per Diritto Romano efficacemente ipotecata in due casi: 1° quando è costituita sotto la condizione, se il fondo ipotecato cadrà nel dominio dell'ipotecante; 2° se alla costituzione della ipoteca presta il suo assenso o espressamente o tacitamente il proprietario (1). La prima eccezione è chiaramente stabilita dalla L. 16, § 7, D. *De pignoribus:* « Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.* » La ragione di questa eccezione dipende dal principio che la condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta la obbligazione. La seconda eccezione è fondata nella L. 20, D. *De pignorat. actione:* « Aliena res pignori dari voluntate domini potest. » Non è però necessario che il consenso del proprietario, i cui beni vengono ipotecati da un terzo, sia espresso, perchè le Leggi Romane, le quali danno al consenso tacito la stessa forza che all'espresso, si contentano anche di un consenso tacito. Un bello esempio di questo consenso tacito prestato dal proprietario del fondo che viene ipotecato da un terzo ce lo somministra la L. 5, § 2, D. *In quib. caus. pignus:* « Si quis fidejubebat, cum res illius a debitore, pro quo fidejussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas. » Un altro bellissimo esempio ci viene dato dalla L. 26, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, nella quale, supposto il caso che un figlio emancipato scriva di commissione del padre di sua mano la scrittura, colla quale il padre ipoteca un fondo del figlio scrivente a favore di un suo particolar creditore, viene deciso che la ipoteca è valida per la ragione che il figlio presta tacitamente il suo assenso all'ipoteca costituita dal padre: « Modestinus respondit, cum sua manu pignori domum suam futuram scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. »

(1) Pothier, ad Pand., lib. 20, tit. 1, n. 13 e 17. Voet, lib. 20, tit. 3, n. 4.

Questi sono i principj della Romana Giurisprudenza relativi all' ipoteca costituita sulla cosa altrui, la quale è valida nei due casi di eccezione or ora contemplati. E secondo quelli del Codice Napoleone sarà valida l' ipoteca costituita sulla cosa altrui sotto la condizione, se il fondo ipotecato cadrà nel dominio dell' ipotecante? Per ben decidere questo punto, è necessario esaminare la disposizione dell' articolo 2129, col quale ha strettissima relazione; e però mi riserbo a parlarne sotto quest' articolo. Ma quanto all' altra eccezione, quella cioè fondata sul consenso del padrone, il quale permette che la cosa sua sia ipotecata da un terzo, non esito a dichiarare che secondo i principj del Codice Napoleone, se un consenso espresso debitamente manifestato dal proprietario nell' atto della costituzione della ipoteca data da un terzo è efficace e valevole a darle forza e valore, non può attribuirsi alcuna forza e valore ad un consenso tacito, qualunque sia il fatto, dal quale un tale consenso voglia desumersi. Per Diritto Romano la costituzione dell' ipoteca si faceva per patto semplice e dipendeva dal solo consenso dell' ipotecante senza bisogno dell' osservanza di alcuna forma. Era dunque naturale che il consenso tacito del padrone bastar potesse a render valida l' ipoteca costituita sul suo fondo da un terzo. Ma, secondo il Codice Napoleone, l' ipoteca convenzionale dipende dalla convenzione e dalla forma estrinseca dell' atto col quale è stipulata. Come dunque il proprietario non può costituire una valida ipoteca senza l' osservanza della forma dalla legge prescritta, molto meno con un semplice consenso tacito potrebbe convalidare l' ipoteca costituita sul suo fondo da un terzo. Il consenso del proprietario, il cui fondo viene ipotecato da un terzo, o è necessario alla validità dell' ipoteca, o no. Nessuno può certamente dubitare della necessità assoluta di un tale consenso, e parlano troppo chiaramente i testi del Diritto Romano. E se il consenso del proprietario è indispensabile e necessario a dar forza ed efficacia all' ipoteca costituita dal terzo, è chiaro che un tale consenso non solo dovrà essere espresso, ma dovrà altresì esser dato con quelle forme solenni, colle quali deve essere manifestato il consenso del proprietario che costituisce una ipoteca sulla cosa propria a garanzia di un suo creditore.

680. Per Diritto Romano non solo mediante il consenso espresso o tacito del proprietario prestato all' atto della costituzione della ipoteca, riman questa valida ed efficace comecchè

costituita sul fondo altrui; ma la L. 16, § 1, D. *De pignor. et hyp.*, si contenta anche della ratifica prestata dopo dal proprietario, come quella i cui effetti si retrotraggono al giorno della costituita ipoteca: « Si, nesciente domino, res ejus hypothecæ data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. » E secondo i principj del Codice Napoleone basterà una ratifica fatta in qualunque modo? E quali di questa ratifica saranno le conseguenze? Alla prima domanda rispondo, che l'atto di ratifica dovrà esser fatto nel modo determinato dall'articolo 1338, il quale dispone in termini generali ed assoluti che l'atto di conferma o ratifica d'una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido che qualora vi si trovino la sostanza della stessa obbligazione, il motivo espresso dell'azione di rescissione, e la dichiarazione di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. Essendo assolutamente nulla l'ipoteca costituita da un terzo sul fondo altrui senza l'assenso del padrone, è evidente che la ratifica del padrone non sarà valida ed efficace se non è fatta nel modo stabilito coll'articolo citato. Alla seconda dimanda rispondo, che la ratifica fatta dal proprietario non potrà tornare in pregiudizio dei terzi, e ciò in forza dell'ultima parte del detto articolo 1338, ove è disposto che la conferma, ratifica o esecuzione volontaria secondo le forme e le epoche determinate dalla legge, producono la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, *senza pregiudizio però del diritto dei terzi*. Se la ratifica degli atti soggetti all'azione di nullità o di rescissione deve essere fatta senza pregiudizio del diritto dei terzi, come chiaramente stabilisce il detto articolo, la ratifica del proprietario, ancorchè fatta nel modo voluto dalla legge, non potrà dare all'ipoteca nullamente costituita da chi non era proprietario un effetto retroattivo in pregiudizio degli altri creditori, e quindi le ipoteche costituite dal proprietario vero nell'intervallo corso dall'ipoteca nullamente costituita al giorno della ratifica non potranno essere in alcuna maniera pregiudicate da una tale ratifica.

681. Giustiniano insegna che chi non è padrone può in alcuni casi avere la facoltà di alienare la cosa non sua: « Accidit aliquando, ut . . . . qui dominus non sit, alienandæ

rei potestatem habeat (1). » Può dunque dimandarsi, se chi non è padrone possa qualche volta costituire efficacemente una ipoteca? Un mandatario generale, per esempio, potrà validamente costituire una ipoteca sui beni del mandante? Gl' Interpreti ed i Forensi distinguono il mandatario a cui è affidata semplicemente l'amministrazione generale dei beni dal mandatario a cui l' amministrazione generale è commessa colla clausola *cum libera.* Ma il Vinnio (2) con molta ragione critica questa capricciosa distinzione, e sostiene che il mandatario a cui è affidata la semplice amministrazione generale dei beni deve avere gli stessi poteri di quello a cui l' amministrazione generale è data colla clausola *cum libera;* e ciò perchè l' estensione dei poteri del mandatario deve desumersi dalla natura generale o speciale del mandato, e perchè la libertà di agire è una conseguenza della generalità del mandato, fatto senza vincoli. Rigettata questa distinzione, a cui danno una grande importanza molti Trattatisti, dice il Vinnio che il mandatario generale, sia il mandato generale stato fatto o no colla clausola *cum libera,* avrà la facoltà d' ipotecare i beni del mandante, purchè questi fosse solito prendere denari a mutuo con pegno od ipoteca. Questa massima del Vinnio trova un appoggio nella L. 11, § ult., e nella L. 12. D. *De pignorat. act.,* le quali determinano appunto i casi in cui il mandatario può ipotecare i beni del mandante: « Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit. Quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare: vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. » Ma su questo punto toglie ogni difficoltà e motivo di dubbio la disposizione dell' articolo 1988 del Codice Napoleone, il quale stabilisce che il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione, e che quando si tratti di alienare, ipotecare e fare altri atti di dominio, il mandato deve essere espresso.

682. Se una donna si è maritata col regime della comunione, il solo marito potrà ipotecare i beni della comunione, e ciò in forza della disposizione dell' articolo 1421, secondo il quale il solo marito amministra i beni della comunione, e li può vendere,

(1) Instit. lib. 2, tit. 8, pr.
(2) Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 9.

alienare ed ipotecare senza l' intervento della moglie. Ma quanto ai beni particolari della moglie, il marito non può in alcun modo ipotecarli senza il di lei consenso, perchè sebbene l'articolo 1428 accordi al marito l'amministrazione di tutti i beni particolari della moglie, gli nega però il diritto di alienare gl'immobili particolari della medesima senza il di lei consenso. Se dunque il marito non ha il diritto di alienare gl'immobili particolari della moglie senza il di lei consenso, neppure avrà quello d'ipotecarli, per la ragione altra volta detta che non può ipotecare un immobile chi non ha il diritto d'alienarlo.

Se la donna si marita sotto il regime dotale, gl'immobili costituiti in dote non possono, in forza della disposizione dell'articolo 1554, ipotecarsi durante il matrimonio nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente, salve alcune eccezioni fissate dalla legge. Quanto poi ai beni parafernali, il marito non può ipotecarli, sebbene sia costituito dalla moglie procuratore ad amministrarli; e ciò in forza dell'articolo 1577, il quale dispone che se la moglie costituisce suo marito procuratore ad amministrare i suoi beni parafernali, egli è tenuto verso la medesima come qualunque altro procuratore. E siccome il mandato concepito anche in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione, e quando si tratti di alienare, ipotecare o fare altri atti di dominio, il mandato deve essere espresso in forza della disposizione dell'articolo 1988; così il marito costituito procuratore della moglie ad amministrare i suoi beni parafernali non potrà ipotecarli.

683. La disposizione dell'articolo 2124 del Codice Napoleone è ripetuta negli articoli 2010 del Codice delle Due Sicilie, 2178 del Codice di Parma, e 2184 del Codice di Sardegna.

684. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dichiara nell'articolo 75 che l'ipoteca non può costituirsi che dalle persone capaci di contrattare e di alienare, e dai tutori e curatori ed altri amministratori legali per le persone incapaci, e rappresentate da essi nei modi e colle forme delle leggi. Ma non contento a questa generale dichiarazione, determina altresì nel successivo articolo 76 la sorte e gli effetti della ipoteca imposta dal coerede o dal condomino sui fondi indivisi. Sebbene per Diritto Romano sia punto non controverso e da molti testi confermato che il condomino può efficacemente ipotecare la por-

zione *pro indiviso* del fondo che ha comune con altri condomini, si è però questionato se eguale diritto compete al condomino secondo i principj del Codice Napoleone. Per mostrare che anche avanti ai Tribunali questo punto è stato soggetto di questione, mi basta citare la Decisione del Supremo Consiglio di Modena nella causa Martelli collo Stato Campana del 29 novembre 1828 (1), la quale dichiarò valide alcune ipoteche costituite sopra fondi comuni da un solo condomino, che si pretendevano nulle ed incompatibili col Sistema Ipotecario del lodato Codice Napoleone. Il Motuproprio Toscano ha tolto su questo punto ogni motivo di disputa col citato articolo 76. In questo dichiara primieramente che l' ipoteca imposta dal coerede o dal condomino sui fondi indivisi s' intende imposta soltanto per la quota e dentro la misura della quota al medesimo appartenente. Indi aggiunge che se i fondi obbligati come sopra in conseguenza dell' atto delle divise rimarranno assegnati a un coerede o condomino diverso dal debitore, in questo caso l' ipoteca non sussisterà più sui medesimi, e si avrà per risoluta, salvo al creditore il diritto di trasportare l' ipoteca stessa, e la relativa inscrizione sui beni che costituiscono l' assegna propria del debitore con divenire però efficace la nuova inscrizione dal dì in cui verrà presa. Gli effetti che secondo il citato articolo della Legge Toscana derivano dall' ipoteca costituita dal condomino sul fondo comune non sono diversi da quelli che la Giurisprudenza attribuisce all' ipoteca data dal condomino secondo i principj del Codice Napoleone. Ma io non potrei lodare la concessione fatta al creditore, la cui ipoteca è rimasta risoluta, di trasportare la stessa ipoteca sui beni assegnati al suo debitore. Imperocchè il creditore coll' esercizio dell' accordatogli diritto ai fondi ipotecati sostituisce altri beni, sui quali non fu dal debitore imposta alcuna ipoteca. È verissimo che la ipoteca trasportata sui beni che costituiscono l' assegna propria del debitore ha effetto e diviene efficace su questi beni dal dì della nuova inscrizione; ma è sempre vero però che la legge dà al creditore il diritto di trasportare la ipoteca e la inscrizione su fondi diversi da quelli che dal debitore furono dati e dallo stesso creditore accettati in ipoteca. È assai più giusta la disposizione dell' articolo 882 del Codice Napoleone, il quale stabilisce che i creditori di un condividente, per impedire che la divisione sia fatta in frode

(1) Tomo 3, Dec. 672, pag. 107.

de' loro diritti, possono opporsi perchè non vi si proceda se non col loro intervento.

685. Finalmente il Codice di Modena ripete nell'articolo 2178 la disposizione dell'articolo 2124 del Codice Napoleone nei seguenti termini: « *Non possono costituire ipoteca convenzionale se non se coloro che sono capaci di alienare gl' immobili che vi assoggettano.* »

Articolo 2125.

Quelli che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risolto in casi determinati, od annullato, non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni o alla stessa rescissione.

SOMMARIO.

686. Chi ha un dominio risolubile può ipotecare l'immobile, ma risolvendosi il dominio, si risolve altresì l'ipoteca.

687. Della massima indicata nel precedente numero si trova una applicazione nel caso di una donazione rivocata per l'inadempimento delle condizioni sotto le quali fu fatta, o per sopravvenienza di figli. Nel caso però di una donazione rivocata per l'ingratitudine del donatario, le ipoteche restano ferme, e non si può applicare a questo caso la disposizione dell'articolo 2125. Nella donazione fatta col patto della *riversibilità*, si fa luogo all'applicazione del detto articolo 2125, ed anche nel caso di disposizioni che eccedono la porzione disponibile.

688. La disposizione dell'articolo 2125 è applicabile al caso di una vendita fatta col patto della recupera. Se in questo caso i creditori ipotecarj possano esercitare un diritto esclusivo sulle somme al compratore rimborsate dal venditore che fece uso del patto di recupera.

689. Se la disposizione dell'articolo 2125 sia applicabile al caso di una vendita rescissa per causa di lesione.

690. L'erede può ipotecare il fondo lasciato dal testatore ad un legatario

sotto condizione sospensiva; ma verificandosi la condizione, l'ipoteca svanisce.

691. Anche alle ipoteche costituite dall'enfiteuta è applicabile la disposizione dell'articolo 2125.

692. L'articolo 2125 accorda anche la facoltà d'ipotecare a coloro che hanno un diritto sospeso da condizione. Il legatario, a cui fu lasciato un fondo sotto condizione, può perciò ipotecare lo stesso fondo prima che la condizione si verifichi. Non è ammissibile l'interpretazione che fa il Grenier delle parole dell'articolo 2125: — *Quelli che non hanno sull' immobile che un diritto sospeso da una condizione.* —

693. La disposizione dell'articolo 2125, che accorda il diritto d'ipotecare a quelli che hanno un diritto sospeso da una condizione, non è applicabile al venditore che ha venduto il fondo col patto della recupera.

694. Molto meno è applicabile al venditore, a cui compete l'azione di rescissione per causa di lesione.

695. Quelli, a cui compete l'azione di rivendicazione per diritto di dominio contro il possessore di un immobile, possono ipotecare lo stesso immobile, e la sorte di questa ipoteca dipenderà dall'esito dell'intentato giudizio.

696. Se siano efficaci le ipoteche in buona fede costituite dall'erede apparente.

697. La disposizione dell'articolo 2125 è ripetuta dai Codici delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna.

698. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio ripete la disposizione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone; ma aggiunge che l'azione rescissoria o di nullità per causa di lesione non fa risolvere e non rende nulla la ipoteca, a meno che il creditore, prima di acquistarla, non fosse posto in mala fede con atto giudiziale.

699. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ha fatto alla disposizione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone importantissime e saggissime modificazioni.

700. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone.

686. Abbiamo già detto che la facoltà di alienare, di cui devono essere forniti secondo l'articolo 2124 coloro che vogliono dare una ipoteca, comprende e il gius di dominio sulla cosa da ipotecarsi e la facoltà di disporre liberamente delle cose proprie. Sotto il detto articolo 2124 abbiamo parlato del primo requisito, ossia del gius di dominio, che deve avere l'ipotecante

sulla cosa da ipotecarsi. Anche la disposizione dell' articolo 2125 si riferisce allo stesso primo requisito.

Le condizioni sospensive e risolutive non sono solamente modalità delle obbligazioni, ma altresì del gius di proprietà. La condizione resolutiva, come tutti sanno, è quella che, verificandosi, produce la revoca dell' obbligazione, e rimette le cose nel primiero stato come se l' obbligazione non avesse mai avuto luogo (1). Ci offre un esempio di condizione resolutiva applicata al gius di proprietà la L. 1, D. *De lege commissoria*. Anche la L. 2, D. *De in diem addictione*, ci dà un esempio di dominio risolubile, ossia soggetto ad una condizione resolutiva. Colui che ha un dominio soggetto ad una condizione resolutiva, ha il vero e pieno dominio della cosa, come chi ha il dominio puro, ma ha un dominio di sua natura resolubile al verificarsi della condizione. Può quindi, prima che si verifichi la condizione resolutiva, esercitare tutti i diritti derivanti dal dominio, e quindi anche costituire ipoteche sull' immobile che gli appartiene, le quali però sono soggette alla stessa risoluzione a cui è sottoposto il gius di proprietà. Di questa verità non lascia alcun dubbio la L. 4, § 3, D. *De in diem addictione:* « Sed et Marcellus scribit, *pure vendito*, *et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset.* Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset: alioquin nec pignus teneret. » Dalla qual Legge si raccoglie che l' ipoteca costituita dal compratore, al quale fu venduta la cosa col patto dell' addizione *in diem*, è valida ed efficace, ma segue la sorte del dominio, e si risolve anch' essa al verificarsi della condizione resolutiva. La massima stabilita dalla Legge ora citata è applicabile a qualunque altro caso di dominio risolubile, perchè dipende dalla stessa natura del dominio soggetto ad una condizione resolutiva, e non già da teorie proprie del contratto di compra e vendita fatto col patto dell' addizione *in diem*. Il dominio o sia risolubile per patto o per forza di legge, corrono sempre i seguenti due principj: 1° che il padrone che ha un dominio risolubile ha il diritto d' ipotecare l' immobile che gli appartiene; 2° che, verificandosi la condizione resolutiva, non solo si risolve il dominio del proprietario, ma si risolvono e svaniscono altresì tutte le ipoteche dal proprietario costituite. La ragione, per cui

(1) Pothier, Des obligat., n. 224. Cod. Nap., art. 1183.

le ipoteche costituite dal proprietario avente un dominio risolubile si risolvono anch' esse e cessano al verificarsi della condizione resolutiva, si trova nel principio — ***Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;*** — ed è troppo chiaro che i creditori ipotecarj, che hanno causa da un proprietario il quale ha un dominio risolubile, non possono avere sulla cosa maggiori diritti di quelli che vi ha lo stesso proprietario. Una luminosa conferma degli accennati due principj si trova nella L. 31, D. *De pignor. et hypothecis:* « Lex vectigali fundo dicta erat, ut, *si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat;* postea is fundus a possessore pignori datus est: quæsitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. » Ecco confermato il primo principio, che chi ha un dominio risolubile su un fondo, può validamente ed efficacemente ipotecarlo. La stessa Legge continua: « Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, *fundum secundum legem domini esse:* cujus potior causa esset? Respondit, si (ut proponeretur) vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. » Ecco confermato l' altro principio, che accadendo la risoluzione del dominio, svaniscono ancora e si sciolgono le ipoteche costituite dal possessore. Questi principj di Romana Giurisprudenza valgono a spiegare la disposizione dell' articolo 2125 nella parte, ove è detto, che quelli che non hanno sull' immobile che un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati od annullato, non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione.

687. Vediamo l' applicazione di questa massima. La donazione tra vivi giusta l' articolo 953 può essere rivocata per l' inadempimento delle condizioni sotto le quali fu fatta. Prima dell' adempimento delle condizioni, alle quali la donazione fu subordinata, il donatario diviene padrone del fondo donato, e di ciò non lascia alcun dubbio la L. 33, § 1, D. *De donationibus:* « Ea lege, donationis causa pecunia Titio numerata, *ut statim donatori mutuo detur,* non impeditur dominii translatio. » Il donatario dunque potrà ipotecare anche prima dell' adempimento delle apposte condizioni il fondo donato; ma in forza della disposizione dell' articolo 2125 non potrà stipulare che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione, alla quale è sottoposta la dona-

zione che lo rese proprietario del fondo. Egli è perciò che l'articolo 954 stabilisce che in caso di revoca di una donazione per inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno in potere del donante, liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario.

La donazione tra vivi, giusta il citato articolo 953, può anche essere rivocata per sopravenienza di figli, ed anzi in questo caso in forza dell'articolo 960 è rivocata *ipso jure*. Il donatario dunque, cui fu donato un fondo da un donante che non aveva figli al tempo della donazione, potrà dare in ipoteca il fondo donatogli che a lui come a padrone appartiene; ma la ipoteca da lui costituita sarà sottoposta necessariamente alla stessa rescissione a cui è soggetta la donazione. E però dispone l'articolo 963 che i beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* ritorneranno nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario.

Il citato articolo 953 dispone altresì che la donazione tra vivi può essere rivocata per causa d'ingratitudine. Sarà dunque anche in questo caso alle ipoteche costituite dal donatario applicabile la disposizione dell'articolo 2125? La massima stabilita da quest'articolo è generale, e si estende a tutti i casi in cui il dominio dell'ipotecante rimane risolto. Ma non ostante la massima generale del detto articolo 2125, nel caso di revoca di una donazione per causa d'ingratitudine, le ipoteche costituite dal donatario rimangono ferme, e ciò in grazia di una speciale disposizione, colla quale viene derogato in via di eccezione alla massima generale del detto articolo 2125; in grazia cioè della speciale disposizione dell'articolo 958, il quale stabilisce che la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli abbia potuto imporre sugli stessi effetti donati, purchè tutto ciò sia anteriore alla inscrizione che fosse stata fatta della copia della domanda di revoca in margine alla trascrizione ordinata nell'articolo 939. La disposizione dell'articolo 958, come saviamente osserva il Persil (1), costituisce evidentemente una eccezione al principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — e quindi alla regola generale dell'articolo 2125 appoggiata al detto principio. Il Troplong (2) però non ammette che la

(1) Art. 2125, n. 4.
(2) Art. 2125, n. 466.

disposizione del detto articolo 958 sia una eccezione stabilita dalla legge al detto principio, e alla regola generale dell'articolo 2125, e opina che nel caso di revoca di una donazione a titolo d'ingratitudine le ipoteche costituite dal donatario continuano a sussistere, e rimangono ferme e inalterabili anche dopo la revoca per la ragione che la risoluzione o revoca della donazione si fa per una causa volontaria, ossia per una causa dipendente solo dalla volontà dello stesso donatario. Ecco le parole del Troplong: « Au contraire, lorsque la résolution s'opère pour une cause volontaire, les hypothèques concédées *medio tempore* doivent subsister. On en a vu un exemple dans l'espèce de la L. 3, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.* On peut encore apporter un autre exemple dans le cas où une donation est révoquée pour cause d'ingratitude; alors les hypothèques subsistent. Car, dit Loyseau, *cette ingratitude consiste en quelque action qui est volontaire.* » Io credo che sia un errore il dire che la revoca della donazione per causa d'ingratitudine lascia ferme le già costituite ipoteche, perchè dipende da una causa volontaria e non necessaria. Se fosse vera questa sentenza, allora il Troplong dovrebbe anche ammettere che dipende da una causa volontaria e non necessaria la revoca che ha luogo per inadempimento delle condizioni sotto le quali la donazione fu fatta; e quindi, per essere coerente, dovrebbe concludere che anche nel caso di revoca per inadempimento delle condizioni le ipoteche costituite dal donatario devono restar ferme. Che differenza trova egli il Troplong tra questo caso e quello della revoca per causa d'ingratitudine? Nell'un caso e nell'altro alla revoca non dà causa la colpa del donatario, ben inteso quando l'adempimento era in potere dello stesso donatario, e la colpa non è forse un atto volontario? Eppure il Troplong nel caso di revoca per inadempimento delle condizioni sotto le quali la donazione fu fatta, ammette che la revoca avviene per una causa necessaria, e che quindi le ipoteche costituite dal donatario devono restar ferme: « De même, si Pierre donne un immeuble à Caïus, à condition qu'il bâtira une chapelle sur cet immeuble, et qu'après avoir concédé des hypothèques sur cet immeuble, Caïus refuse d'accomplir la charge de la donation, la résolution que Pierre fera prononcer de la donation, annulera les hypothèques créées *medio tempore*. Cette résolution s'opère en effet *ex necessitate pacti impressi in ipsa rei traditione*, et par

conséquent en vertu d'une cause *antiqua* et *primæva* (1). » O io sono cieco del tutto, o tra questo caso della revoca della donazione per inadempimento delle condizioni e quello della revoca per causa d'ingratitudine non vi ha alcuna differenza; e se nel primo caso il Troplong ammette che la revoca avviene per una causa necessaria, deve ammettere anche che ha luogo per una causa necessaria nel secondo della revoca della donazione per causa d'ingratitudine. Imperocchè nell'uno e nell'altro caso la revoca avviene per colpa del donatario; nel primo caso, perchè il donatario *refuse*, come dice il Troplong, *d'accomplir la charge de la donation;* nel secondo, perchè si mostra ingrato al donatore. Sebbene nell'un caso e nell'altro alla revoca dia causa la colpa, e quindi la volontà del donatario, io dico francamente e arditamente che la revoca avviene per una causa necessaria; e credo che il Troplong non sia dalla parte della ragione, facendo dipendere da una causa volontaria la revoca per titolo d'ingratitudine, e da una causa necessaria quella per l'inadempimento delle condizioni. È volontario l'inadempimento delle condizioni, come è volontaria l'ingratitudine del donatario. Ciò non ostante, la revoca avviene per una causa necessaria; perchè posto l'inadempimento delle condizioni, posta l'ingratitudine, il donatario non può più evitare la revoca e le sue conseguenze, e la sola differenza tra l'un caso e l'altro sta in questo, che nel primo la necessità della revoca, che non è dato al donatario di evitare, è una conseguenza dei patti stipulati all'atto della donazione tra il donatore e il donatario; nel secondo, nasce dalla legge stessa che punisce l'ingratitudine del donatario. Anzi, se si potesse misurare il grado di questa necessità, si dovrebbe dire che dipende da una necessità tanto più forte la revoca per titolo d'ingratitudine che non l'altra per l'inadempimento delle condizioni, quanto è più forte quella che nasce per volontà e comando della legge che non quella che dipende dalla volontà dei contraenti. Il Troplong, posto il principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — principio al quale si appoggia la disposizione dell'articolo 2125, soggiugne: (2) « Il n'est cependant pas toujours facile de discerner quand la résolution du contrat est *ex causa voluntaria, vel ex causa necessaria.* Bartole lui-même s'y

(1) Art. 2125, n. 466.
(2) Art. 2125, n. 466.

est trompé. » Mi permetta il Troplong che io gli dica che si è ingannato anch' egli quando ha asserito che la revoca per titolo d' ingratitudine non pregiudica alle ipoteche costituite dal donatario, per la ragione che una tale revoca ha luogo *ex causa voluntaria* e non *ex causa necessaria*. Credo che le semplici e poche osservazioni qui fatte bastino a mostrare che anche la revoca per titolo d'ingratitudine avviene *ex causa necessaria*. Il Troplong assimila il caso della revoca per titolo d' ingratitudine al caso contemplato nelle ultime parole della L. 3, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur*. Ma io credo che anche qui male si apponga. La L. 3, D. *Quib. mod. pign.*, citata dal Troplong, fa il confronto fra una vendita fatta col patto dell' addizione *in diem* — *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, — e la vendita fatta col patto — *nisi emtori displicuisset*, — e da questo confronto deduce che nel primo caso, quando venga migliorata l' offerta, le ipoteche costituite dal compratore svaniscono, e che nel secondo caso rimangono ferme. Ma quale è la ragione di una tale differenza? La ragione si è, che nel primo caso il diritto di rescindere il contratto è del venditore quando gli venga migliorato il prezzo, e il compratore deve subire la revoca come una necessità alla quale non può sottrarsi; laddove nel secondo il diritto di rescindere il contratto derivante dal patto *nisi emtori displicuisset*, non è del venditore, ma del compratore, e sarebbe contrario alla giustizia e alla equità che questi potesse far uso di una facoltà riservatasi nel contratto di compra in danno e in pregiudizio delle ipoteche da lui stesso costituite a vantaggio dei suoi proprj creditori. Ora io dimando al Troplong: la revoca per titolo d' ingratitudine è un diritto e una facoltà del donatario, oppure del donatore? Egli mi risponderà certamente, che è un diritto del donatore. Se è un diritto del donatore, e da parte del donatario non è un diritto, ma una pena, il Troplong mi dovrà accordare che avviene dunque per una causa necessaria, dalla quale non può sottrarsi il donatario reo d' ingratitudine. Non può dunque assimilarsi, come fa il Troplong, la revoca per titolo d' ingratitudine al caso contemplato nell' ultima parte della L. 3, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur*. Non dovea dunque dire il Troplong, per ispiegare la disposizione dell' articolo 958, il quale nel caso di revoca di una donazione per titolo d' ingratitudine lascia intatte le ipoteche costituite dal donatario, che una tale

revoca avviene per una causa volontaria. Questa spiegazione non può accettarsi; perchè avviene la revoca della donazione per una causa necessaria, o sia la donazione rivocata per l'inadempimento delle condizioni, o sia rivocata per causa d'ingratitudine, o per sopravvenienza di figli. Quale è dunque la ragione, mi chiederà il Troplong, per cui secondo l'articolo 958 la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudica alle ipoteche costituite dal donatario, mentre la revoca per inadempimento delle condizioni e quella per sopravvenienza di figli fanno tornare i beni donati in potere del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario? La ragione, a parer mio, è evidente. La revoca della donazione a titolo d'ingratitudine, sebbene sia un diritto del donatore, fu però accordata dalla legge non per favorire il donatore, ma per punire la colpa dell'ingrato donatario, pel quale la liberalità stessa del donatore dovea essere uno stimolo ad atti di ossequio e di gratitudine, come dice la L. 1, C. *De revoc. donat.*, anzichè ad atti di offesa e di ingratitudine: « Cum magis in eos collata liberalitas ad obsequium eos inclinare deberet, quam ad insolentiam erigere. » Risulta chiaramente dalla L. 10, C. *De rev. donat.*, che la revoca della donazione a titolo d'ingratitudine non è un favore concesso al donatore, ma una pena inflitta alla colpa del donatario; e ciò perchè « ne sit cuiquam licentia, et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipsum iterum donatorem suasque res perdere. » Voleva dunque l'equità, per non dire, la giustizia, che sugli innocenti creditori del colpevole donatario non avessero a cadere gli effetti della pena giustamente inflitta alla colpa del loro debitore. È questa per me la vera ragione, per cui la revoca della donazione a titolo d'ingratitudine, sebbene avvenga per una causa necessaria che dall'ingrato donatario non può evitarsi, non scioglie le ipoteche da lui costituite sui beni donati, e ciò in via di eccezione alla regola generale, — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — regola confermata nell'articolo 2125 del Codice Napoleone. Ma se la disposizione dell'articolo 958 del Codice Napoleone, secondo il quale la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudica alle ipoteche imposte dal donatario sui beni donati, è una eccezione stabilita dalla legge alla regola generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* — altrettanto non può dirsi del caso contemplato nell'ultima parte

della già citata L. 3, D. *Quib. mod. pignus*, sebbene l' un caso e l' altro siano assimilati dal Troplong. Imperocchè il caso a cui accenna la citata L. 3, non è altro che la vendita fatta col patto *si displicuisset*, patto contemplato nella L. 3, D. *De contr. emt.*; e in questo caso, risolvendosi la vendita per una causa totalmente volontaria, dipendente cioè dalla sola volontà del compratore, le ipoteche da lui costituite rimangono ferme, senza che perciò si deroghi e si faccia eccezione alla regola sopradetta — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Il Brunnemanno, commentando la detta L. 3, D. *Quib. mod. pignus*, conferma ciò che dico: « Aliud hic in fine dicitur, si placuit, ut, si intra certum tempus res displicuerit, rem redderet; nam tunc pignus non finitur, si displiceat, quia venditio non resolvitur ipso jure et ex causa necessaria, sed voluntaria. » Dalla qual L. 3, D. *Quib. mod. pignus*, si raccoglie appunto che la massima — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — ha luogo allorquando la risoluzione avviene per una causa necessaria, e che quando la causa della risoluzione è volontaria, le ipoteche costituite dal possessore, il cui dominio si risolve, restano ferme e intatte. È dunque giustissima la distinzione fatta dal Troplong tra la risoluzione avvenuta per una causa necessaria e quella avvenuta per una causa volontaria; ed è giusto il dire che le ipoteche rimangono ferme quando la risoluzione ha luogo per una causa volontaria, e che svaniscono solo quando la risoluzione avviene per una causa necessaria. Ma il Troplong s' inganna, a parer mio, quando, facendosi ad applicare la detta distinzione, dice che la revoca a titolo d' ingratitudine avviene per una causa volontaria, e che perciò non scioglie le ipoteche costituite dal donatario; laddove anche la revoca a titolo d' ingratitudine ha luogo per una causa necessaria, e se non iscioglie le ipoteche, ciò è in grazia di una eccezione che fa il legislatore alla regola generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — onde la pena inflitta al donatario non torni in pregiudizio dei suoi innocenti creditori. So bene che gli effetti della risoluzione avvenuta per una causa volontaria e quelli della revoca di una donazione a titolo d' ingratitudine sono gli stessi, perchè nell' un caso e nell' altro le ipoteche già costituite prima della risoluzione restano ferme; ma non per questo si deve dire, come dice appunto il Troplong, che la revoca a titolo d' ingratitudine lascia intatte le

ipoteche, perchè avviene per una causa volontaria; mentre è fuori di dubbio che anche la revoca a titolo d' ingratitudine avviene per una causa necessaria, sebbene per una eccezione speciale, dipendente dal motivo già accennato, non isciolga le ipoteche costituite prima dall' ingrato donatario.

Nella donazione, oltre i casi già contemplati di revocabilità, può darsi anche il caso della *riversibilità* dei beni donati; perchè l' articolo 951 permette al donante di stipulare la *riversibilità*, tanto nel caso della premorienza del donatario solo, quanto del donatario e de' suoi discendenti. E questo diritto di riversibilità secondo l' articolo 952 produce l' effetto di far ritornare al donante i beni donati liberi ed esenti da ogni peso ed ipoteca, a riserva solo dell' ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali nel caso speciale contemplato in detto articolo. E però anche al donatario che accettò la donazione col patto della *riversibilità* è applicabile la disposizione dell' articolo 2125.

Così pure l' articolo 920 dispone che le disposizioni tanto fra vivi che per causa di morte, le quali eccederanno la porzione disponibile, sono riducibili alla detta porzione, al tempo in cui si apre la successione; e l' articolo 929 dichiara che gl' immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito od ipoteca contratta dal donatario. Ecco dunque un altro caso, in cui al donatario che costituì ipoteche sui beni donati, si rende applicabile la disposizione dell' articolo 2125.

688. Se è fatto un contratto di vendita col patto di recupera, il compratore diviene certamente proprietario del fondo comprato; ma la sua proprietà è rivocabile (1). Dice infatti l' articolo 1662, che il compratore rimane proprietario irrevocabile, quando il venditore non propone la sua azione di retratto nel termine prescritto. Ma la revocabilità del dominio del compratore non gl' impedisce di potere ipotecare l' immobile comprato; e ciò in forza dell' articolo 2125, secondo il quale quelli che hanno sull' immobile un diritto soggetto ad essere risolto, possono stipulare una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione. Dispone perciò l' articolo 1673 che quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del patto di retratto, lo riprende esente da tutti i pesi ed ipoteche di cui il compratore lo avesse gravato.

(1) Vedi vol. 2, n. 300.

Il venditore che fa uso del patto di retratto deve, secondo l'articolo 1673, rimborsare al compratore il prezzo capitale, le spese e qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo. Dimanda il Persil, se i creditori ipotecarj, la cui ipoteca rimane risoluta, hanno alcun diritto sulle somme che il citato articolo 1673 mette a carico del venditore, e risponde che quando il venditore ha già fatto uso del patto di recupera ed ha pagato nelle mani del compratore ciò che a questo era dovuto, nessun diritto possono esercitare sulle somme al compratore pagate i creditori, a cui dallo stesso compratore era stato dato in ipoteca il fondo comprato col patto della recupera (1). La ragione è troppo chiara. L'ipoteca dei creditori ipotecarj del compratore è rimasta risoluta *ipso jure*, e le somme dal venditore pagate allo stesso compratore che dovè restituire il fondo sono cosa mobile che deve essere distribuita tra tutti i creditori chirografarj del medesimo. Questo punto non può offrire alcuna difficoltà, e sono perfettamente d'accordo col Persil. Ma il Persil fa una seconda ipotesi, e dice che se prima che il venditore faccia uso del diritto di recupera, i creditori ipotecarj hanno la precauzione di fare un atto di opposizione e di sequestro nelle mani dello stesso venditore, acquistano essi allora il diritto di pretendere che le somme da pagarsi sieno impiegate nell'acquisto di un altro fondo, e che su questo nuovo fondo acquistato colle somme pagate dal venditore essi hanno lo stesso diritto d'ipoteca che aveano sul fondo restituito dal loro debitore in grazia del patto di recupera. Ecco le parole del Persil: « Mais il en est sans doute autrement, lorsqu'avant l'exercice du réméré ils prennent la précaution de faire un arrêt de fonds entre les mains du vendeur: comme alors celui-ci ne peut se libérer qu'en leur présence, il dépend d'eux de conserver leurs hypothèques, en exigeant que les deniers provenant du rachat soient employés à l'acquisition d'un autre immeuble sur lequel ils auront le même droit d'hypothèque. C'était le sentiment de Pothier, et nous ne connaissons pas d'auteur qui l'ait combattu. » E mi dovrò io rimanere dal combattere questa sentenza sebbene appoggiata all'autorità somma del Pothier? Chi scrive ha, non che il diritto, il dovere di dire francamente la propria opinione, nè

(1) Art. 2125, n. 2.

deve trattenerlo l'autorità, sebbene veneranda, degli uomini grandi. La opposizione o diffidazione fatta dai creditori ipotecarj al venditore prima che egli eserciti il gius del ritratto può forse cambiar natura alla loro ipoteca, creata col vizio intrinseco della risolubilità? Può forse dare maggiori diritti ai creditori ipotecarj, di quelli che loro avea colla costituzione dell' ipoteca accordato lo stesso debitore? Può forse impedire la risolubilità dell'ipoteca? Nessuno dirà ciò certamente. Imperocchè, quando avviene la risoluzione del dominio del debitore, la ipoteca dei creditori di lui subisce la sorte a cui era destinata sino dal momento della sua origine, e muore di una morte, dirò così, naturale, che si verifica per un vizio intrinseco, e non per alcun fatto violento e non preveduto. E se questa diffidazione non può impedire nè la risolubilità della vendita, nè quella dell'ipoteca, quali diritti potranno acquistare i creditori ipotecarj del compratore sulle somme da pagarsi dal venditore quando questi farà uso del gius del retratto? La diffidazione notificata prima non potrà fare certamente che il venditore diventi debitore del prezzo prima di far uso del diritto di retratto, ossia prima che si sciolgano le ipoteche. Il venditore diviene debitore del prezzo quando fa uso del retratto; e quando fa uso del retratto, svaniscono *ipso jure* le ipoteche costituite dal compratore. Quando il compratore che deve restituire la cosa converte il suo gius di dominio in un credito, le ipoteche non sono più, sono irrevocabilmente estinte, e quindi i creditori non possono più esercitare alcun diritto ipotecario. Quali vantaggi e diritti può dare ai creditori ipotecarj la diffidazione fatta prima che il venditore faccia uso del gius di retratto? Una tale diffidazione non può far altro che impedire che le somme dovute dal venditore siano pagate nelle mani del compratore, e siano malamente consumate. Ma su queste somme tolte colla diffidazione fatta in tempo opportuno dalle mani del compratore, i creditori ipotecarj avranno forse un diritto esclusivo? Neppur questo può ammettersi. Queste somme, come cosa mobile, dovranno distribuirsi *per æs et libram* fra tutti i creditori del compratore nel modo stabilito dall' articolo 2093, non potendo i creditori ipotecarj, la cui ipoteca rimase annichilita il giorno in cui il venditore facendo uso del diritto di retratto divenne debitore del prezzo, vantare maggiori diritti di quelli che possono pretendere gli altri creditori chirografarj. E che! I cre-

ditori ipotecarj pretenderebbero forse di far valere sulle somme depositate dal venditore che fece uso del retratto un diritto di prelazione in danno dei creditori chirografarj? Un diritto di prelazione può esercitarsi sul prezzo depositato della cosa ipotecata, quando al momento in cui alla cosa viene sostituito il prezzo, l'ipoteca dei creditori si reggeva in vita; ma non già nel caso in cui nel detto momento l'ipoteca rimase estinta. D'altra parte, la somma dovuta dal venditore che fa uso del patto di retratto non rappresenta il prezzo della cosa, ma è la restituzione o rimborso dovuto al compratore che pagò il prezzo di una cosa che non ha potuto conservare e che ha dovuto necessariamente restituire al suo venditore. L'esercizio del patto di retratto non opera una nuova vendita della cosa tra il compratore e il venditore, ma produce la risoluzione del primo contratto di vendita; e quindi la somma che paga il venditore che fa uso del patto di retratto non è il prezzo di una cosa ricomprata, ma è la restituzione di una somma già dal compratore pagata per un contratto che rimase sciolto, somma che il venditore deve rimborsare e restituire al compratore in forza dello stesso principio, a cui è appoggiata l'azione romana *condictio causa data non secuta*. Se dunque, allora quando il venditore fa uso del patto di retratto, le ipoteche costituite dal compratore rimangono *ipso jure* sciolte; se la somma dovuta dal venditore al suo compratore non rappresenta il prezzo di una cosa acquistata, ma è semplicemente il rimborso di una somma che al compratore deve restituirsi per essere cessata la causa per la quale da lui fu pagata, è chiaro che sulla somma da pagarsi dal venditore che fa uso del retratto o da lui depositata, non potranno i creditori ipotecarj che aveano ipoteca sul fondo esercitare altri diritti che quelli che hanno i creditori chirografarj sulle cose mobili del debitore, quand'anche avessero fatta allo stesso venditore una giudiziale diffidazione di non pagare in loro pregiudizio prima che fosse intentata l'azione di retratto. È veramente strana l'idea che i creditori ipotecarj facendo in tempo opportuno una diffidazione, possano pretendere che la somma da pagarsi dal venditore sia impiegata nell'acquisto di un altro fondo, e che su questo fondo essi abbiano lo stesso diritto d'ipoteca che avevano sul fondo restituito al venditore! Non solo gli altri creditori chirografarj possono opporsi a questa ingiusta e

strana pretesa, ma lo stesso debitore avrebbe tutto il diritto di contraddirla, perchè egli, dando in ipoteca un fondo di cui aveva un dominio risolubile, costituì ai creditori una ipoteca soggetta alla stessa rescissione. La risoluzione della ipoteca non avviene per colpa e per fatto del debitore, non avviene per un fatto nuovo non prevedibile, ma sì bene per un vizio intrinseco che era inerente alla ipoteca sin dal momento della sua origine. Con qual diritto i creditori ipotecarj potrebbero pretendere che fosse acquistato un nuovo fondo? Forse perchè è venuta meno la garanzia loro data colla prima ipoteca? Ma questa garanzia venne meno appunto perchè la loro ipoteca era soggetta a rescissione, e i creditori ipotecarj devono imputare a sè stessi di essersi contentati di una garanzia che da un momento all' altro senza colpa e fatto del debitore poteva loro fuggire di mano. D' altra parte quale diritto hanno essi sulla somma depositata dal venditore che fece uso del retratto per pretendere che questa stessa somma sia impiegata nell' acquisto di un fondo? Non vi hanno e non vi possono avere altro diritto che quello che i creditori chirografarj hanno sui denari e sui beni mobili del loro debitore, e per ciò non possono pretendere che la distribuzione per contributo della detta somma depositata dal venditore che fece uso del diritto di retratto. Ma io voglio che lo stesso debitore consenta ad impiegare i denari pagati dal venditore, che fece uso del retratto, nell' acquisto di un nuovo fondo. Non per questo i creditori ipotecarj del compratore, che dovè restituire il fondo soggetto al gius di retratto, potrebbero trasportare la loro ipoteca sul nuovo fondo comprato coi denari rimborsati dal venditore, e perchè la ipoteca di questi creditori rimase irrevocabilmente estinta in grazia del gius di retratto esercitato dal venditore, e perchè una ipoteca speciale costituita su un fondo non può mai essere trasportata su un altro fondo diverso da quello sul quale venne imposta, come insegna il Brunnemanno: « Res alia rei oppignoratæ surrogata non cadit in obligationem pignoris, nisi ex re illa ortum habeat (1). » Non so a dir vero, come il Persil possa dire che i creditori ipotecarj del compratore avrebbero sul fondo acquistato coi denari rimborsati dal diffidato venditore lo stesso diritto d' ipoteca che aveano sul fondo restituito in forza del gius di retratto; mentre è stabilito

(1) Ad L. 26. D. *De pignor. et hyp.*, n. 3.

chiaramente nella L. 3, C. *In quib. caus. pignus*, che i creditori ipotecarj nessun diritto d' ipoteca possono avere sul fondo comprato col prezzo della cosa ipotecata: « Quamvis fructus pignori datorum prædiorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse: prædia tamen, quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli Prudentium placuit. » Se la regola generale stabilita dalla Legge ora citata è sempre vera, molto più è applicabile al caso di cui si discorre; perchè i creditori ipotecarj che aveano ipoteca sul fondo stato restituito in grazia del gius di retratto al primo venditore, hanno irrevocabilmente perduta la loro ipoteca per un vizio inerente alla natura del dominio risolubile sul quale era costituita. I creditori ipotecarj, la cui ipoteca imposta sul fondo soggetto al retratto è rimasta risoluta, potranno avere ipoteca sul nuovo fondo comprato dal loro debitore coi denari a lui rimborsati dal venditore che fece uso del diritto di retratto, solo quando su questo nuovo fondo sia dal debitore nei debiti modi imposta; ma questa ipoteca sarà sempre una ipoteca nuova dipendente da un nuovo contratto, che avrà vita il giorno in cui verrà legalmente costituita, e sarà efficace dalla data della nuova inscrizione opportunamente accesa, come se la prima ipoteca, che rimase risoluta, non avesse mai avuta legale esistenza.

689. È questione tra gl' Interpreti del Diritto Romano, se la rescissione della vendita per causa di lesione sciolga le ipoteche costituite sul fondo dal compratore. Il Bartolo sostiene che la rescissione del contratto per causa di lesione non scioglie le ipoteche costituite dal compratore, per la ragione che, potendo il compratore evitare la rescissione pagando il supplemento del prezzo, la rescissione stessa avviene per una causa volontaria e non necessaria. Il Baldo tiene l' opposta sentenza, e il Vinnio, sebbene segua la massima del Bartolo, disapprova però il motivo a cui il Bartolo si appoggia, e si fonda in una ragione totalmente diversa. Dice il Vinnio, che in una vendita fatta puramente e senza alcuna condizione resolutiva, colla quale fu trasferito pienamente il dominio nel compratore, non deve più aver luogo la risoluzione delle ipoteche dallo stesso compratore costituite, non ostante che la vendita rimanga dopo rescissa: « Ceterum, etsi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam: sed alia ratione eaque vera et so-

lida eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei auferri non potest: constitutum, inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo, qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva; denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat (1). » Il Pothier (2), rigettando l'opinione del Bartolo e dei suoi seguaci, pensa che la rescissione, la quale avviene per causa di lesione, scioglie *ipso jure* le ipoteche costituite dal compratore, e ciò per la ragione che rimanendo sciolto il contratto di vendita per una causa necessaria e non per volontà del compratore, i creditori del medesimo non devono avere sul fondo maggiori diritti di quelli che vi ha lo stesso compratore, ed essendo il diritto del compratore soggetto a rescissione, anche le ipoteche dal medesimo costituite devono andar soggette alla stessa rescissione. Il Voet, contemplando il caso della vendita rescissa per causa di lesione, distingue se l'azione di lesione è promossa dal venditore o pure dal compratore; e nel primo caso ammette lo scioglimento delle ipoteche, appunto perchè il compratore è parte passiva e subisce la rescissione; e nel secondo caso insegna che le ipoteche costituite dal compratore restano ferme per la ragione che il fatto del compratore che promosse e intentò l'azione di lesione non deve tornare in danno dei diritti acquistati dai creditori di lui, a favor dei quali fu dato il fondo in ipoteca (3).

Secondo i principj del Codice Napoleone non è necessario fare la distinzione del Voet, perchè l'articolo 1683 dichiara che la rescissione a titolo di lesione non ha luogo in favore del compratore. Ma, quando si tratta della rescissione dimandata dal venditore, il quale fa uso del diritto accordatogli dall'artic. 1674, e quando l'azione di lesione è ammessa e il compratore restituisce la cosa ritirando il prezzo sborsato, io tengo per fermo che debba seguirsi la massima insegnata dal Baldo, dal Voet e dal Pothier, i quali concordemente insegnano che la rescissione avvenuta per causa di lesione scioglie le ipoteche costituite dal compratore. È fuori di dubbio che anche in questo caso la rescissione avviene per una causa necessaria, perchè, sebbene l'ar-

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 5.
(2) Traité Du contrat de vente, n. 372.
(3) Lib. 20, tit. 6, n. 9.

ticolo 1681 accordi al compratore la scelta o di restituire la cosa, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo, il compratore è posto in questa alternativa da una necessità dalla quale egli non può sottrarsi (1). Lo stesso Vinnio, seguace della dottrina del Bartolo, ammette che la rescissione avviene per una causa necessaria, e posto un tale principio, non può non applicarsi la massima — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Non ostante l'alternativa lasciata dalla legge al compratore, l'azione di rescissione è sempre una causa per lui necessaria e non volontaria; e posta la necessità della causa, egli può far uso del diritto accordatogli dalla legge, quello cioè di restituire la cosa, ritirando il prezzo sborsato, senza che perciò i creditori di lui, per evitare la risoluzione delle ipoteche, possano costringerlo a ritenere la cosa pagando il supplemento al giusto prezzo. Essendo il compratore per una causa non volontaria, ma necessaria, messo nell' alternativa o di ritenere la cosa pagando il supplemento al giusto prezzo, o di restituirla ritirando il prezzo sborsato, egli non offende alcuno facendo uso di un diritto, che è la conseguenza dell'azione intentatagli dal suo venditore. I creditori di lui avrebbero ragione di lamentarsi, se egli avesse potuto impedire l'esercizio dell'azione di rescissione intentatagli dal venditore, e non lo avesse fatto; ma essendo egli parte meramente passiva quanto all'esercizio dell' azione di rescissione, ha egli il diritto di valersi della facoltà che la legge concede al compratore molestato coll'azione di lesione, e i creditori devono, senza aver motivo di un giusto richiamo, subire le conseguenze derivanti non dalla volontà del loro debitore, ma dall'azione di rescissione promossa contro lo stesso debitore dal suo venditore. Io credo pertanto che al compratore di un fondo, il cui contratto può andar soggetto a rescissione per causa di lesione, è applicabile la disposizione dell' articolo 2125, e che egli perciò non può costituire che una ipoteca soggetta alla stessa rescissione, a cui può essere sottoposto il suo dominio in conseguenza della azione di lesione.

690. Un testatore lascia a Tizio per legato il fondo A sotto condizione sospensiva. Prima che questa condizione si verifichi, l'erede potrà ipotecare questo fondo, e quali saranno le conseguenze della costituita ipoteca? Colla scorta delle Leggi Romane

(1) Pothier, Du contrat de vente, n. 372.

è facile rispondere a questi due quesiti. Prima che la condizione si verifichi, il fondo è forse cosa *nullius?* No certamente. Dice chiaramente la L. 12, § 2, D. *Fam. ercis.*, che il fondo è proprietà dell' erede: « Res, quæ sub conditione legata est, interim heredum est. » Ciò è sì vero, che la L. 32, § 1, D. *De legat. et fid.* 2, accorda all' erede prima del purificarsi della condizione l' azione di rivendicazione contro lo stesso legatario detentore della cosa lasciatagli in legato sotto una condizione sospensiva: « Fundum ante conditionem completam ab herede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit. » Ma se è certo che l' erede ne ha il dominio, è certo altresì che il suo dominio è risolubile, e la risolubilità dipende dalla condizione sotto la quale il legato del fondo fu ordinato. Potrà dunque l'erede, come proprietario, ipotecare il fondo lasciato dal testatore in legato ad un terzo sotto condizione sospensiva; ma verificandosi la condizione, e quindi risolvendosi il dominio dello stesso erede, le ipoteche da lui costituite rimarranno *ipso jure* sciolte in forza del principio — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — La L. 11, § 1, D. *Quem. servit. amit.*, sebbene parli di servitù, viene in conferma di questa verità: « Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguentur, si legati conditio existat. » Perchè si estinguono le servitù imposte dall' erede? La ragione è chiarissima. Si estinguono, perchè, verificandosi la condizione, il dominio dell' erede si risolve per una causa necessaria, dipendente dalla volontà del testatore. Ciò che questa Legge dice delle servitù, può e deve ripetersi delle ipoteche, perchè, quanto al diritto reale, le servitù non sono diverse dalle ipoteche. Dunque anche l' erede, il quale ha il dominio risolubile del fondo lasciato dal testatore ad un legatario sotto condizione sospensiva, potrà ipotecare il fondo, ma non potrà costituire secondo la disposizione dell' articolo 2125 che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione alla quale è soggetto il suo dominio (1).

691. Anche l' enfiteuta ha un dominio risolubile, perchè, sebbene trattisi di enfiteusi ereditaria e trasmissibile *ad quoscumque*, l' enfiteuta che per tre anni non paga il dovuto canone decade, in forza della L. 2, C. *De jure emphyt.*, dal suo diritto. Dunque, anche le ipoteche costituite dall' enfiteuta, se questi in-

(1) Duranton, n. 350.

corre nella caducità, rimarranno sciolte; e però l'enfiteuta, come quegli che ha un dominio risolubile, non potrà in forza della massima generale stabilita dall' articolo 2125 costituire che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione a cui è soggetto il suo utile dominio.

692. Finora si è parlato dell' ipoteca costituita da coloro che hanno sull' immobile un dominio risolubile, ossia un dominio soggetto ad essere risolto in casi determinati. Ma l'articolo 2125 accorda anche il diritto d' ipotecare a coloro che non hanno sull' immobile che un diritto sospeso da una condizione, e di questi diremo ora colla massima brevità. Contempliamo nuovamente il caso del legatario, di cui abbiamo fatto menzione qui sopra (1), al quale fu lasciato in legato un fondo sotto condizione sospensiva. Abbiamo detto che prima che la condizione si verifichi, l'erede è il proprietario del fondo lasciato in legato, e che il suo dominio è risolubile, e che si risolve in fatto al verificarsi della condizione. I diritti dell' erede e del legatario rispetto al fondo lasciato in legato sotto condizione sospensiva sono chiaramente determinati e messi in luce da Pomponio nella L. 105, D. *De cond. et dem.*, dalla quale risulta che prima del verificarsi della condizione l' erede ne ha la proprietà, che una tale proprietà è risolubile e si risolve e svanisce al momento in cui la condizione si verifica, e che dall' erede passa al legatario irrevocabilmente la proprietà dopo che la condizione rimase verificata: « Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quæ priori testamento præposita fuerat, neque proprietas a priori legatario recedit, nec locum religiosum in eo fundo heres facere, nec servitutem imponere poterit: sed, et imposita servitus finietur existente conditione. » Da questi inconcussi principj si dovrebbe concludere che il legatario, a cui fu lasciato un fondo sotto condizione sospensiva, non può in pendenza della condizione assoggettarlo ad ipoteca, tanto più che neppure può trasmettere agli eredi la speranza del legato, se muore prima che la condizione siasi verificata (2). Siccome però la disposizione dell' articolo 2125 accorda a quelli che hanno sull' immobile un diritto sospeso da una condizione la fa-

(1) N. 690.

(2) Vinnii Comment. Instit., lib. 3, tit. 16, § 4, sotto le parole: *Eamque spem.*

coltà di costituire una ipoteca sottoposta alla stessa condizione, io credo che non si possa negare al legatario, a cui fu lasciato un legato di un fondo sotto condizione, il diritto d'ipotecare il fondo che forma il soggetto del legato. Questo fondo in pendenza della condizione potrà dunque essere ipotecato da due: dall'erede che ne ha il dominio risolubile, e dal legatario, il cui diritto è sospeso sino al verificarsi della condizione. Ma queste due ipoteche, sebbene costituite da due diverse persone, non possono mai trovarsi in lotta fra loro, perchè o la condizione si verifica, e allora svanisce e si scioglie l'ipoteca costituita dall'erede, come se mai non avesse avuto legale esistenza; o la condizione non si verifica, e in tal caso l'ipoteca costituita dal legatario non può avere alcun effetto. Questi soli possono essere i risultati delle ipoteche costituite dall'erede e dal legatario sullo stesso fondo; perchè, sebbene l'uno e l'altro abbiano, in grazia dell'articolo 2125, diritto d'ipotecare il fondo lasciato in legato sotto condizione, lo stesso articolo però dichiara apertamente che quelli che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risolto in casi determinati, non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alla medesima condizione o rescissione (1). Per negare il diritto al legatario, a cui fu lasciato un fondo sotto condizione sospensiva, di costituire una ipoteca in pendenza della condizione, potrebbe invocarsi la disposizione dell'articolo 2129, il quale stabilisce che nella costituzione dell'ipoteca convenzionale deve essere dichiarata specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl'immobili *attualmente appartenenti al debitore*. Ma a fronte della chiara disposizione dell'articolo 2125, che accorda il diritto d'ipotecare a quelli che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, non può assolutamente negarsi al legatario il diritto d'ipotecare il fondo lasciatogli sotto condizione sospensiva. Del resto, la L. 181, D. *De verb. sign.*, dà il significato legale della parola *appartenenti* corrispondente al latino vocabolo *pertinere*: « Verbum illud *pertinere* latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo possidemus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quæ in nulla eorum causa sint, sed esse possint. » La citata L. 181 dà alla parola *pertinere* un significato non rigo-

(1) Duranton, n. 276 e 350.

roso, e le parole — *pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint* — possono benissimo applicarsi al legatario, a cui fu lasciato un fondo in legato sotto una condizione sospensiva. Ciò che si è detto del legatario, a cui fu lasciato un fondo sotto condizione sospensiva, deve ripetersi di qualunque altro caso in cui l'ipotecante ha sul fondo da ipotecarsi un semplice diritto sospeso da una condizione; perchè a fronte della chiara disposizione dell'articolo 2125 deve tenersi col Troplong (1), che non solo possono ipotecare quelli che hanno sul fondo ipotecato un dominio risolubile, ma quelli altresì, il cui dominio è sospeso da una condizione sospensiva; ben inteso che nell'un caso e nell'altro l'ipoteca seguirà la sorte del dominio dell'ipotecante, e, e svanirà, se il dominio sarà risolto, o non avrà alcun effetto, se non si verificherà la condizione che teneva in sospeso il dominio di chi costituiva l'ipoteca.

Il Grenier dà alle parole dell'articolo 2125 — *che non hanno sull' immobile che un diritto sospeso da una condizione* — una diversa interpretazione. Egli applica queste parole all'attuale proprietario, che verificandosi una determinata condizione deve cedere il suo dominio ad un altro; e dice quindi che il diritto d'ipotecare non può spettare mai a colui il cui dominio dipende da una condizione sospensiva, ma solamente a chi è investito attualmente del dominio, sebbene un tale dominio debba in lui cessare al verificarsi di una certa condizione: « Mais jusque là, la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au propriétaire actuel dont le droit est soumis à la condition, bien que suspensive. C'est à lui que peuvent s'appliquer les expressions, *suspendu par une condition.* On ne peut les appliquer à celui qui peut avoir la propriété, accidentellement et dans un cas prévu. Ce n'est pas lui qui détient l'immeuble *sous une condition suspensive;* et la loi n'accorde de faculté d'hypothéquer qu'à celui qui est dans cette position (2). » Secondo dunque l'interpretazione del Grenier, quelli soli possono ipotecare che hanno attualmente la proprietà dell'immobile, sia che l'abbiano irrevocabile, sia che l'abbiano risolubile e coll'obbligo della restituzione verificandosi determinate circostanze; e quelli a cui deve pervenire un giorno la proprietà al verificarsi di un avvenimento, e il cui di-

(1) Art. 2125, n. 468 ter.
(2) Tomo 1, n. 153.

ritto intanto è sospeso sino a che suoni l'ora in cui l'attuale proprietario deve ceder loro la cosa, non hanno alcun diritto d'ipotecare l'immobile. Nel caso, p. e., già contemplato del legato lasciato sotto condizione, prima che la condizione si verifichi, il solo erede, e non il legatario, potrebbe ipotecare l'immobile secondo l'avviso del Grenier. Se fosse lecito al Giureconsulto fare le parti del legislatore, non solo io accetterei la massima del Grenier, ma con tutto l'animo alla medesima farei plauso; perchè io credo non buona la disposizione dell'articolo 2125 nella parte che accorda il diritto d'ipotecare a coloro che hanno sull'immobile ipotecato un diritto sospeso da una condizione. Penso anch'io che il diritto d'ipotecare, il quale non può essere che un attributo del gius di dominio, dovrebbe spettare a quelli soltanto che hanno il dominio nel momento della costituita ipoteca; ma non per questo posso lasciarmi sedurre dalla lusinghevole interpretazione dell'articolo 2125 fatta dal Grenier, il quale applica le parole — *che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione* — all'attuale proprietario, che deve, verificandosi una determinata condizione, cedere il dominio ad un altro. Il dominio dell'attuale proprietario, che deve quando che sia cedere ad un altro la cosa, non è un dominio sospeso, ma un dominio risolubile, e bisogna assolutamente rinunziare ai principj che regolano la materia delle condizioni sospensive e risolutive per potere accettare l'interpretazione del Grenier. Se le parole dell'articolo 2125 — *che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione* — hanno ad applicarsi all'attuale proprietario che deve restituire la cosa, e non a quello a cui la cosa deve un giorno essere restituita, io dimando al Grenier, a chi si applicheranno le altre parole dell'articolo 2125 — *o soggetto ad essere risolto in casi determinati?* — Il Troplong si meraviglia che il Grenier abbia potuto dare alle parole dell'articolo 2125 una simile interpretazione: « J'avoue que cette manière de qualifier les clauses dont il s'agit, me frappe d'étonnement (1). » Credo anch'io che l'interpretazione del Grenier debba far maraviglia a chiunque considera le chiare parole dell'articolo 2125. Perchè infatti l'articolo 2125, invece di contemplare un solo caso, quello cioè di coloro che hanno un dominio soggetto ad essere risolto in casi determinati, fa espressa men-

(1) Art. 2125, n. 468 quat.

zione di due casi diversi l'uno dall'altro, quello cioè della condizione sospensiva e l'altro della condizione risolutiva? Forse la condizione sospensiva non è quella che dipendendo da un avvenimento futuro ed incerto tiene in sospeso sino al suo compimento i diritti della persona a cui la condizione stessa si riferisce? E la condizione risolutiva non è quella forse che non sospende, ma verificandosi scioglie e rompe i diritti attualmente esistenti? Le semplici parole dell'articolo 2125, che contemplano separatamente e quelli che hanno sull'immobile un diritto sospeso da una condizione, e quelli che hanno un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati, condannano la spiegazione del Grenier, ed io non posso che far eco al Troplong allorchè conclude: « Ou l'on doit rejeter l'interprétation de M. Grenier, ou bien l'art. 2125 est dépourvu de portée dans ses premières dispositions. » L'interpretazione del Grenier sarebbe una eccellente riforma e modificazione dell'articolo 2125, il quale dovrebbe allora ridursi ai seguenti termini: « Quelli che non hanno sull'immobile che un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati, od annullato, non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione. » Ma se l'idea del Grenier meriterebbe di essere lodata quando fosse sata da lui presentata come un progetto di riforma dell'articolo 2125, non può assolutamente accettarsi come interpretazione del detto articolo 2125; e posso qui valermi dell'autorità dello stesso Grenier, il quale in un altro caso rigetta una interpretazione data su di un punto da alcuni Interpreti, colla quale veniva corretta e modificata la legge: « Cet avis concerne plus le législateur que le magistrat et le jurisconsulte; et, quand on pourrait voir à cet égard une imperfection dans la loi, ce ne serait pas une raison pour se refuser à en exécuter les dispositions, quand elles sont précises (1). »

693. Ma sebbene io convenga col Troplong nel rigettare l'interpretazione del Grenier e nell'ammettere che non solo quelli possono ipotecare che hanno un dominio risolubile, ma quelli altresì che hanno un diritto sospeso da una condizione sospensiva, non sono però d'accordo collo stesso Troplong in tutte le applicazioni che egli fa del principio, che può ipotecare l'immobile chi ha un diritto sospeso da condizione. Nella vendita, p. e.,

(1) Tomo 1, n. 62.

fatta col patto della recupera, il Troplong dice che il venditore ha un gius sospeso da una condizione, e che per conseguenza se il compratore può costituire sul fondo una ipoteca risolubile, deve altresì accordarsi al venditore il diritto d'ipotecare lo stesso fondo, la cui ipoteca sarà necessariamente vincolata alla stessa condizione sospensiva, dalla quale dipende il diritto del venditore: « En effet, le vendeur à réméré a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition, un droit subordonné à l'exercice du droit de retour. Il peut donc constituer sur cet immeuble des hypothèques subordonnées à la même condition (1). » Così pure la pensano il Duranton (2), ed il Persil (3). Io sono d'accordo col Troplong nella regola generale, ma non nella applicazione che egli ne fa al venditore che ha venduto il fondo col patto della recupera. Nel caso di una vendita fatta col patto di recupera, io non veggo che il venditore abbia un diritto sul fondo sospeso da uno di quegli avvenimenti futuri ed incerti, che nel linguaggio legale si chiamano *condizione*. Il venditore che ha volontariamente venduto il fondo ha semplicemente il diritto di muovere un'azione derivante dal patto del retratto per ottenere la risoluzione del contratto di vendita. Sia pure che coll'esercizio del patto del retratto il venditore recupera e riprende la cosa venduta; ma la riprende, non già in forza di un gius di dominio che fosse rimasto sospeso per qualche futuro e incerto avvenimento, la riprende perchè il patto del retratto stipulato all'atto della vendita ha lasciato a lui la facoltà di domandare la rescissione del contratto e di ricuperare volendo la cosa venduta. Si confronti questo caso con quello del legatario, a cui fu lasciato un fondo sotto condizione sospensiva. Il legatario ha veramente sulla cosa lasciata in legato un gius sospeso da un avvenimento futuro ed incerto, e potrà quindi secondo l'articolo 2125 ipotecare la cosa che forma il soggetto del suo legato. Ma il venditore che ha venduto il fondo col patto della recupera, non ha alcun dominio sospeso, perchè esso medesimo lo ha volontariamente colla vendita ceduto al compratore, e si è semplicemente riservato il diritto di ricuperare mediante il patto del retratto il dominio volontariamente perduto. Io tengo quindi

(1) Art. 2125, n. 469.
(2) N. 278.
(3) Art. 2118, n. 11.

contro l' opinione del Troplong, del Duranton e del Persil, che il venditore, che ha fatta la vendita del suo fondo col patto della recupera, non possa ipotecare il fondo venduto prima di averne riacquistato il dominio coll' esercizio dell' azione derivante dal patto. Il Duranton, per giustificare l' ipoteca accordata dal venditore che ha venduto il fondo col patto della recupera, adduce la seguente ragione: « Il est si bien réputé propriétaire, qu'il reprend l'immeuble franc et quitte de toutes charges créées par l'acquéreur, ce qui fait bien supposer que celui-ci n'a jamais été propriétaire, et par conséquent que le vendeur n'a pas cessé de l'être (1). » Il Duranton dice che la legge suppone non aver mai il venditore cessato di essere proprietario, perchè riprende la cosa esente dai pesi imposti dal compratore. Questa ragione non si può accettare. La legge accordando al compratore il pieno diritto d'ipotecare l' immobile comprato col patto della recupera, suppone anzi che il venditore ne abbia interamente perduto il dominio; e se il venditore che fa uso del patto di recupera riprende il fondo esente dai pesi reali impostivi dal compratore, ciò non avviene già perchè il venditore non abbia mai cessato di essere proprietario del fondo, ma perchè viene a risolversi per una causa necessaria il dominio acquistato dal compratore, il quale è per conseguenza obbligato a restituire la cosa al primo padrone nello stato in cui era all' epoca del contratto. Per confutare la ragione addotta dal Duranton, mi varrò dell' autorità dello stesso Troplong, il quale parlando dell' ipoteca legale generale dice che questa non può in alcuna maniera colpire il fondo venduto anteriormente dal debitore col patto della recupera, per averne questi perduto il dominio: « L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'un droit de réméré. Car l'immeuble appartient à l'acquéreur qui en est seul propriétaire. Le vendeur n'y a qu'un droit éventuel. Les biens ne sont frappés par l'hypothèque générale qu'à mesure qu'ils entrent dans la propriété du débiteur. Ce n'est donc que lorsque le rachât sera effectué que l'hypothèque viendra s'asseoir sur l' immeuble (2). » Queste parole del Troplong confutano pienamente la proposizione del Duranton, e mi è piaciuto riportarle, perchè il Troplong è tra quelli, i quali accordano il

(1) N. 278.
(2) Art. 2122, n. 435.

diritto d'ipotecare al venditore che ha venduto il fondo col patto della recupera.

694. Molto meno potrei soscrivermi all'opinione del Troplong (1), del Duranton (2) e del Persil (3), i quali vogliono anche accordare il diritto d'ipotecare al venditore leso, a cui l'articolo 1674 concede la facoltà di chiedere la rescissione della vendita. Dico *molto meno*, perchè il venditore che intenta l'azione di rescissione per causa di lesione neppure è sicuro di riprendere e di riavere la cosa venduta, in quantochè l'articolo 1681 accorda al compratore, nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa, la facoltà o di restituire la cosa ritirando il prezzo sborsato, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo. E quand'anche il compratore elegga di restituire la cosa ritirando il prezzo sborsato, si dirà per questo che il venditore vi aveva un dominio sospeso? Qual dominio, se la vendita fu pura, assoluta e senza alcuna riserva? La restituzione della cosa non è un omaggio reso a un dominio sospeso del venditore, ma è il risultato naturale della rescissione del contratto, posta la quale, torna la cosa nel dominio dell'antico padrone. E ben fa meraviglia che il Persil accordi persino al venditore che ha diritto di muovere l'azione di rescissione per causa di lesione un dominio risolubile: « Quoiqu'il puisse arriver que le vendeur ne se trouve avoir été que créancier d'une somme d'argent, néanmoins, comme avant l'exercice de l'action il avait sur l'immeuble un droit de propriétaire résoluble par le droit qu'avait l'acquéreur d'empêcher la rescission en payant le supplément du prix, il pouvait, suivant l'article 2125, consentir une hypothèque soumise à la même rescission (4). » Chi può consentire nell'opinione del Persil, il quale accorda al venditore, a cui compete l'azione di rescissione per causa di lesione, perfino un dominio risolubile, risolubile cioè al momento in cui il compratore facendo uso della facoltà accordatagli dall'articolo 1681 preferisce di ritenere la cosa, pagando allo stesso venditore il supplemento al giusto prezzo? Tutti gli antichi Maestri hanno sempre insegnato che il dominio risolubile spetta non al venditore, ma al compratore, il

(1) Art. 2125, n. 469.
(2) N. 279.
(3) Art. 2118, n. 11.
(4) Art. 2118, n. 11.

cui contratto può essere rescisso coll' azione di rescissione per causa di lesione; e fa meraviglia che un Persil possa mettere in campo la nuova teoria del dominio risolubile spettante al venditore, risolubile cioè al momento in cui il compratore gli paga il supplemento al giusto prezzo. Quando il compratore, uso facendo del diritto che gli accorda l' articolo 1681, paga al venditore il supplemento al giusto prezzo, non si risolve già il dominio del venditore che non ne avea alcuno, ma si rende irrevocabile quello del compratore che era risolubile. Sebbene il Duranton accordi anch' esso al venditore il diritto d' ipotecare l' immobile venduto per un prezzo minore del giusto oltre i sette duodecimi, non dissimula però le difficoltà che possono farsi su questo punto: « On peut dire que, tant que la rescission n'est pas prononcée, celui qui a l'action ne peut se prétendre propriétaire, et par conséquent en hypothéquant l'immeuble auquel s'applique cette action, il semble hypothéquer la chose d'autrui (1). » Ma almeno il Duranton accorda al venditore, cui compete l' azione di rescissione, un gius di proprietà sospeso da condizione, ed in vista appunto di questo gius dà al venditore leso il diritto d'ipotecare l' immobile all' appoggio dell' articolo 2125, che attribuisce il diritto d' ipotecare a quelli che hanno sull' immobile ipotecato un diritto sospeso da condizione. Analizziamo la vera natura dell' azione rescissoria colle parole del Pothier: « Cette action (cioè l' azione *de rescindenda venditione* accordata dalla L. 2, C. *De rescind. vend.*) est une action *utilis in rem et non directa;* car le vendeur qui a cette action rescisoire, n'est plus *in rei veritate* le propriétaire de la chose qu'il a vendue; il en a transféré la propriété à l'acheteur, par la tradition qu'il lui en a faite avec la volonté de la lui transférer (2). » Non dice chiaramente il Pothier che il venditore non è più il proprietario della cosa venduta? Si confronti la condizione di un legatario cui fu lasciato un fondo sotto condizione sospensiva con quella di un venditore, cui compete l' azione rescissoria. L' erede, perchè in pendenza della condizione ha un dominio risolubile sul fondo lasciato in legato? La ragione della risolubilità del dominio dell' erede si è che il fondo aspetta il suo vero padrone a cui è stato lasciato; aspetta che si verifichi la condizione, dalla quale dipende per

(1) N. 279.
(2) Traité Du contrat de vente, n. 332.

volontà del testatore la proprietà lasciata al legatario, il quale sospira al fondo come a cosa che a lui è destinata. È dunque vero che per volontà del testatore il diritto di proprietà lasciato al legatario è sospeso, come una speranza, sino al verificarsi della condizione che compia il voto del testatore e i desiderii del legatario. Al contrario, chi compra un fondo, quand'anche il contratto sia fatto col patto della recupera o sia rescindibile coll'azione di lesione, lo compra coll'intenzione che la proprietà acquistata rimanga presso di sè; e se il suo dominio è risolubile, una tale risolubilità non dipende da un diritto di proprietà sospeso che vi abbia il venditore, il che sarebbe contrario alla natura del contratto di vendita, che ha per iscopo di trasferire la proprietà nel compratore, ma dipende da una azione o che il venditore si è riservata o che la legge gli accorda per domandare la rescissione del contratto, e ritogliere la proprietà al compratore trasferita.

695. Se possono ipotecare quelli che hanno un dominio risolubile o sospeso da condizione, a più forte ragione competerà un tal diritto a quelli, i quali hanno un'azione di rivendicazione per ottenere da un ingiusto possessore ciò che loro appartiene. Imperocchè il diritto di rivendicazione compete al vero proprietario, come risulta dalla L. 3, C. *De rei vindicatione:* « Sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. » L'ipoteca costituita da chi ha un'azione di rivendicazione da intentarsi contro un ingiusto possessore non è un'ipoteca risolubile, nè dipendente da una incerta condizione, è un'ipoteca sino dalla sua origine valida ed efficace come quella che viene costituita dal proprietario, e dipende dall'esito del giudizio solo in quanto la sentenza fa conoscere la nullità od efficacia della stessa ipoteca, determinando se all'ipotecante competa o no il gius di rivendicazione, ossia il gius di dominio sulla cosa ipotecata. Imperocchè o l'attore rimane soccombente nel giudizio di rivendicazione, e allora l'ipoteca da lui costituita è nulla essenzialmente sino dalla sua origine, come quella che venne costituita da chi non era padrone. O l'attore che promosse il giudizio di rivendicazione resta vincitore, e la sentenza lo riconosce e dichiara proprietario, e in questo caso l'ipoteca è sino dal giorno della sua costituzione valida ed efficace, come quella che fu costituita dal vero padrone, che avea come tale il pieno diritto d'ipo-

tecare la cosa sua (1). E qui a scanso d'equivoci è ben da por mente ch'io parlo dell'ipoteca costituita sul fondo da rivendicarsi coll'azione di rivendicazione, non già di una ipoteca costituita sull'azione di rivendicazione, perchè le azioni qualunque esse siano, sebbene tendano a rivendicare un immobile e siano perciò riputate immobili per l'oggetto cui si riferiscono, non sono mai capaci d'ipoteca, come in altro luogo fu detto (2).

696. Ciò che si è detto relativamente al diritto d'ipotecare competente a chi ha l'azione di rivendicazione, ci conduce a domandare, se l'erede apparente possa efficacemente ipotecare i fondi della eredità. Il Troplong fa su questo punto una lunghissima dissertazione, esaminando diversi testi del Gius Romano che riguardano l'azione di petizione di eredità spettante all'erede vero contro l'erede apparente, non che l'azione di rivendicazione che ha l'erede vero contro chi possiede a titolo singolare sostanze ereditarie; e conclude che, qualunque siano i risultati di dette azioni secondo i principj del Diritto Romano, le ipoteche costituite dall'erede apparente devono scomparire in faccia al vero erede e a quelli che da lui hanno causa, come quelle che vennero costituite da chi non era proprietario (3). Il Duranton (4) professa la stessa massima. Io non credo necessario di dovermi impegnare, come fa il Troplong, in una lunga dissertazione su questo punto; perchè pare a me che il dubbio sia deciso dalla L. 25, D. *De hered. petitione*. Dice Ulpiano nel § 11 di questa Legge che un Senatusconsulto provvide ai possessori di buona fede di una eredità limitando la loro responsabilità verso l'erede vero a ciò che realmente essi lucrarono dalla eredità: « Consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non præstabunt. » Dice inoltre nel § 12 che se il possessore di buona fede stimandosi più ricco in vista appunto della eredità che credea a sè devoluta fa maggiori spese nel suo patrimonio, non per questo ha diritto di dedurre alcuna somma

(1) Duranton, n. 277.
(2) N. 574.
(3) Troplong, art. 2118, n. 406. Art. 2125, n. 468.
(4) N. 352.

dalla eredità da restituirsi al vero erede, quando abbia fatto le maggiori spese senza intaccare le sostanze ereditarie: « Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatæ sibi hereditatis, Marcellus putat, nihil eum ex hereditate deducere, si eam non attingit. » E nel § 13 dice che per la stessa ragione non può dedurre alcuna somma dalla eredità, quand'anche abbia preso denari a mutuo, e ciò perchè prendendo denari a mutuo non ha intaccato le sostanze ereditarie, ma obbligato semplicemente la persona propria: « Simili modo, et si mutuam pecuniam accepit, quasi dives se deceperit. » Nel § 14 finalmente fa il quesito, se il possessore di buona fede abbia intaccato le sostanze ereditarie dando in ipoteca al sovventore i beni dell'eredità, e decide che neppure dando in ipoteca i beni ereditarj ha intaccato le sostanze dell'eredità: « Si tamen pignori res hereditarias dedit, videndum, an vel sic attingatur hereditas? Quod est difficile, cum ipse sit obligatus. » Ora, se il possessore di buona fede di una eredità dando in ipoteca beni ereditarj, non intacca perciò e non diminuisce il patrimonio della eredità, ed obbliga soltanto la persona propria, quale conseguenza deve dedursene? La conseguenza da dedursi si è che l'ipoteca costituita dall'erede apparente, comecchè di buona fede, sopra beni ereditarj che non gli appartengono, è nulla, e non potendo avere alcun effetto, non può perciò in alcuna maniera recare pregiudizio e diminuzione al patrimonio della eredità. Del detto § 14 non può darsi altra spiegazione, e questa medesima ne dà il Brunnemanno colle seguenti parole: « Si rem hereditariam pignori dedit, quia rei alienæ pignus jure non subsistit, ideo ipse possessor hereditatis personali actione a creditore conveniri potest. » Si potrebbe trovare un testo di legge più chiaro e preciso, per dimostrare che le ipoteche costituite dall'erede apparente, comecchè di buona fede, sui beni ereditarj sono radicalmente nulle in faccia al vero erede e agli aventi causa da lui? Se il Troplong, il quale nella sua lunga e dotta dissertazione su questo punto tanto ha parlato del § 17 della citata Legge, avesse invece citato il § 14 da me riportato, avrebbe trovato in esso la decisione del proposto dubbio ed una pienissima conferma alla opinione da esso sostenuta. Non puossi tenere una massima diversa secondo i principj del Codice Napoleone, il quale richiede, come si è detto più sopra, che chi ipoteca abbia il dominio dell'immobile ipotecato.

697. La disposizione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone è ripetuta dagli articoli 2011 del Codice delle Due Sicilie, 2179 del Codice di Parma, e 2186 del Codice di Sardegna.

698. La massima stabilita dell'articolo 2125 del Codice Napoleone non è propria solamente delle ipoteche convenzionali, perchè anche l'ipoteca generale, o legale o giudiziale, che colpisce *ipso jure* tutti i beni immobili del debitore, è necessariamente sottoposta alle medesime condizioni a cui è soggetto il dominio che ha lo stesso debitore sui beni gravati. O sia l'ipoteca legale, o giudiziale, o convenzionale, il creditore cui compete non può avere maggiori diritti sui beni del debitore di quelli che vi ha il debitore stesso (1). Perciò il Regolamento Ipotecario Pontificio dichiara nel § 110 sotto il capitolo primo *Delle ipoteche in generale,* che se il diritto di dominio del debitore sul fondo o fondi che si comprendono nella ipoteca è sospeso da una condizione, ovvero è risolubile in certi casi, o soggetto ad essere annullato, la ipoteca stessa sarà egualmente risolubile, o condizionale, o soggetta pure al pericolo di annullamento.

Abbiamo qui sopra accennato (2) alla questione che divise Bartolo e Baldo sul punto, se la rescissione della vendita avvenuta per causa di lesione patita dal venditore sciolga le ipoteche costituite dal compratore, e si disse che il sommo Vinnio s'attiene alla sentenza del Bartolo, sebbene ne rigetti le ragioni, e sostiene che la rescissione della vendita per detto titolo non può toglier forza alle ipoteche legittimamente costituite dal compratore, come quello al quale fu venduta la cosa in realtà senza alcuna condizione, nè sospensiva, nè resolutiva. E perchè sarebbe duro e contro la giustizia, che il compratore, a cui la legge lascia la scelta o di pagare il supplemento del prezzo ritenendo la cosa, o di restituire la cosa comprata ritirando il prezzo sborsato, potesse costringere il venditore leso a ricevere la cosa gravata da ipoteche; il Vinnio consiglia al venditore il rimedio suggerito da Ulpiano e da Paolo nella L. 21, § 1, e nella L. 43, § 8, D. *De Ædil. Edic.*, cioè il rimedio di chiedere che la cosa sia restituita libera da ogni ipoteca, o che sia data dal compratore a garanzia una efficace cauzione. Dice il Vinnio che quando il venditore fa la dimanda in questi termini, se il com-

(1) Duranton, n. 350.
(2) N. 689.

pratore non è pronto a soddisfare alla medesima o dando una cauzione, o restituendo la cosa libera da qualunque ipoteca, perde il diritto di scelta che gli accorda la legge, ed è tenuto a pagare il supplemento del prezzo: « Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum sic est venditori remedium ab Ulpiano et Paulo propositum in L. 21, § 1, et L. 43, § 8, D. *De Æd. Ed.*, nempe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emtore caveri. Quorum neutrum si præstet emtor, pretium præcise supplere tenebitur, amissa eligendi facultate (1). » Il Regolamento Ipotecario Pontificio, seguendo la dottrina del Bartolo e del Vinnio, nella seconda parte del citato articolo 110 dispone in via di eccezione alla regola generale stabilita nella prima parte, che l'azione rescissoria o di nullità per causa di lesione non fa risolvere, e non rende nulla la ipoteca, a meno che il creditore, prima di acquistarla, non fosse posto in mala fede con atto giudiziale.

699. Anche il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dispone nell'articolo 62, posto sotto il capitolo che tratta in genere *Delle ipoteche e loro divisione*, che le ipoteche imposte da colui, che su i beni obbligati non ha che un dominio risolubile o soggetto ad essere annullato, si risolvono e si annullano nel ritorno che per la risoluzione o l'annullazione fanno i beni al precedente proprietario. Ma con questa disposizione il Motuproprio Toscano ha portata una saggissima e utilissima modificazione all'articolo 2125 del Codice Napoleone. Imperocchè, mentre l'articolo 2125 del Codice Napoleone, ripetuto anche dalle altre Leggi Italiane sovracitate, autorizza e legittima sì le ipoteche imposte da colui che su i beni gravati ha un dominio risolubile, come quelle imposte da chi ha su i beni gravati un dominio sospeso da una condizione, il citato articolo 62 della Legge Toscana contempla le sole ipoteche imposte da colui che su i beni obbligati ha un dominio risolubile o soggetto ad essere annullato. Si parlò più sopra (2) dell'ipoteca che secondo l'articolo 2125 del Codice Napoleone può essere imposta da chi ha sull'immobile ipotecato un dominio sospeso da condizione; e sebbene sia stata da me rigettata e

(1) Select. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 5.
(2) N. 692.

combattuta la interpretazione del Grenier, il quale vorrebbe restringere il diritto d' ipotecare a quelli soli che hanno il dominio attuale, o irrevocabile o risolubile, non mi tenni però dal dire che l' idea del Grenier, sebbene contraria alle chiare parole dell'articolo 2125, sarebbe una eccellente riforma quando fosse attuata dalla autorità del legislatore. Ora non posso che far plauso a Leopoldo Secondo di Toscana, il quale incarnò sapientemente una tale riforma, confermando la disposizione dell' articolo 2125 del Codice Napoleone nella sola parte, in cui sono autorizzate le ipoteche imposte da chi ha un dominio risolubile o soggetto ad essere annullato. È giusto che chi ha un dominio risolubile possa ipotecare il fondo, perchè egli solo è veramente il padrone del fondo sino a che si verifichi la risoluzione; e se egli solo è il padrone, perchè non dovrà avere la facoltà d' ipotecarlo, mentre il diritto d' ipotecare non è che uno dei modi di esercitare il dominio della cosa propria? L'ipoteca imposta su un dominio risolubile non può certamente più vivere, e deve necessariamente morire quando avvenga la risoluzione del dominio che la sostiene, in forza del principio — *Resoluto jure dantis*, *resolvitur jus concedentis;* — ma prima di questa risoluzione negare al padrone il diritto d'ipotecare la cosa propria sarebbe un atto di violenza fatta al libero esercizio del gius di dominio che gli compete, sarebbe un contraddire alle massime e principj che regolano la materia dei diritti risolubili e delle condizioni risolutive. Non è così del dominio sospeso da condizione. Prima del verificarsi della condizione sospensiva non vi è propriamente dominio, ma una semplice speranza, perchè in pendenza della condizione sospensiva *dies nec cedit, nec venit,* come dicono le Leggi Romane. Perchè dunque il legislatore deve permettere che il gius d' ipoteca, che deve essere radicato sul dominio, sia costituito da chi non ha il dominio, ma la semplice speranza di acquistarlo? Torniamo al caso del legato condizionale contemplato altra volta. In pendenza della condizione chi è veramente il proprietario del fondo? L' erede: e il legatario non ha che la sola speranza di divenirlo se la condizione si verifichi. Abbia dunque l' erede il diritto d' ipotecare il fondo, perchè esso ne è il vero padrone, e verificandosi la condizione, la ipoteca seguirà la sorte del dominio, ossia rimarrà sciolta, risolvendosi il dominio dell' erede. Ma accordare al lega-

tario in pendenza della condizione la facoltà d'ipotecare il fondo, è un dare una solenne mentita al principio che chi dà ipoteca deve avere il dominio sulla cosa ipotecata. Imperocchè prima che la condizione siasi verificata, il legatario non ha ancora il dominio sul fondo lasciatogli in legato, il suo diritto non è che in potenza, e si riduce ad una semplice speranza, che solo può essere attuata col verificarsi della condizione. Col sistema seguito dal Codice Napoleone nell' articolo 2125, nel supposto caso del legato condizionale il medesimo fondo può essere in pendenza della condizione contemporaneamente ipotecato da due, cioè dall' erede che ha un dominio risolubile, e dal legatario che ha un gius sospeso da condizione. È verissimo che queste due ipoteche costituite da diverse persone sullo stesso fondo non possono mai trovarsi in lotta tra loro, perchè se si verifica la condizione, si risolve il dominio dell' erede e quindi cadono le ipoteche da lui costituite; e se la condizione non si verifica, rimangono ferme le ipoteche costituite dall' erede, e non hanno alcun valore quelle imposte dal legatario. Ma è sempre vero che questo giuoco d' altalena tra i due ipotecanti che gravano contemporaneamente lo stesso fondo d' ipoteche, non è in armonia con un ben ordinato Sistema Ipotecario, nel quale quegli solo deve avere il diritto d' ipotecare che ha il dominio sul fondo da ipotecarsi, o abbia un dominio assoluto ed irrevocabile, o lo abbia rivocabile e risolubile. Sia lode adunque al Legislatore Toscano, che ha riformato nel modo anzidetto la disposizione dell' articolo 2125 del Codice Napoleone, lasciando la facoltà d'ipotecare a quelli che hanno l' attuale dominio risolubile o soggetto ad essere annullato, senza autorizzare l' ipoteca costituita da coloro che hanno un dominio sospeso da una condizione sospensiva!

Ma il saggio Legislatore di Toscana non contenne la riforma dell' articolo 2125 del Codice Napoleone entro questi soli limiti. Il principio — ***Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,*** — al quale è appoggiata la disposizione dell' articolo 2125 del Codice Napoleone nella parte in cui è detto che quelli che non hanno sull' immobile che un diritto soggetto ad essere risolto in casi determinati od annullato non possono stipulare che una ipoteca sottoposta alla stessa rescissione, può riuscire funesto ai terzi nelle sue conseguenze. Regna perciò molta lotta tanto fra

gli antichi come fra i moderni Giureconsulti, quando si tratta dell' applicazione pratica del detto principio alle ipoteche costituite da un proprietario, il cui dominio si risolve per una causa necessaria. Il Vinnio, p. e., contra l' opinione di molti altri sostiene che nel caso d' ipoteche costituite da un proprietario, il cui dominio si risolve per una causa necessaria, non deve l' accennato principio — *Resoluto jure dantis*, *resolvitur jus accipientis* — ammettersi ed applicarsi in un modo generale ed assoluto. In tre soli casi secondo il Vinnio è giustissima l' applicazione del detto principio (1). Primieramente, quando l' ipoteca è costituita da chi ha un diritto sulla cosa ipotecata meno forte di quello spettante al vero proprietario, il quale in certi casi determinati dalla legge assorbe tutti i diritti di chi costituì l' ipoteca, come avviene appunto nel caso di una ipoteca imposta da un enfiteuta, la quale svanisce *ipso jure*, quando si fa luogo alla caducità del livello. In secondo luogo, quando l' ipoteca viene costituita dall' erede su un fondo lasciato dal testatore ad un legatario sotto condizione sospensiva. In terzo luogo finalmente, quando l' ipoteca viene costituita da chi avea acquistato il fondo sotto condizione risolutiva, e ciò per la ragione che — *conditio resolutiva,* come dice il Vinnio, *retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset.* — Negli altri casi in cui può aver luogo la risoluzione del dominio, sebbene questa avvenga per una causa necessaria e malgrado la volontà dell' attuale proprietario, non vuole il Vinnio che rimangano sciolte le ipoteche legittimamente costituite, onde i terzi che contrattarono in buona fede non restino pregiudicati dall' azione rescissoria che in certi casi accorda la legge all' alienante contro l' alienatario, non ostante che l' alienazione sia stata fatta puramente e senza alcuna condizione risolutiva. Sebbene non tutti i Dottori convengano nella limitazione posta dal Vinnio alla pratica applicazione della massima generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — è però certo che le ragioni addotte dal sommo Vinnio per giustificare la sua opinione mostrano la necessità che almeno l' autorità del legislatore, il quale non è legato dai vincoli che inceppano l' interpretazione del Giureconsulto, contenga entro limiti ragionevoli e giusti le conseguenze che possono derivarsi dalla detta massima generale, onde nel caso di ipote-

(1) Selectar. Jur. Quæst., lib. 2, cap. 5.

che in buona fede convenute non resti compromesso l' interesse dei creditori ipotecarj. È egli giusto, p. e., che l'azione rescissoria data al donatore in certi casi determinati faccia svanire tutte le ipoteche costituite dal donatario? Io credo degna di essere grandemente lodata la disposizione dell' articolo 958 del Codice Napoleone, il quale stabilisce che la revoca di una donazione a titolo d' ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli abbia potuto imporre sugli stessi beni donati. Ma non potrei lodare quella dell' articolo 963 dello stesso Codice, il quale dichiara che i beni compresi nella donazione rivocata per sopravvenienza di figli ritorneranno nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario. Il Diritto Romano non ammetteva la revoca della donazione per sopravvenienza di figli, tranne il caso di una donazione fatta dal patrono al liberto; e sebbene alcuni Interpreti abbiano con una falsa interpretazione generalizzata la speciale disposizione della L. 8, C. *De revoc. donat.*, risguardante esclusivamente il caso della donazione fatta dal patrono al liberto, estendendola a qualunque donatore a cui nascono figli dopo la fatta donazione, il Vinnio con argomenti (1), che a parer mio sono incontrastabili, dimostra l' errore di una simile interpretazione manifestamente contraria al principio stabilito dalla L. 14. D. *De legibus:* « Quod contra rationem Juris receptum est, non est producendum ad consequentias. » Se i Compilatori del Codice Napoleone vollero attenersi alla interpretazione dei Dottori confutati vittoriosamente dal Vinnio, doveano almeno accordare la revoca entro i limiti voluti dalla giustizia e dalla equità, e quindi generalizzare la massima stabilita in via di eccezione dall' articolo 958 riguardo alla revoca a titolo d' ingratitudine, e così estenderla anche agli altri casi di revoca legale, a quelli cioè per l' inadempimento delle condizioni, e per sopravvenienza di figli, onde la revoca delle donazioni tra vivi non potesse mai pregiudicare alle ipoteche ed agli altri pesi reali imposti sui beni donati dal donatario a favore dei terzi. Lo stesso è a dirsi dell' azione di rescissione della vendita per causa di lesione accordata dalla legge al venditore. *Jura scripta sunt vigilantibus*, e il venditore deve imputare a sè stesso di avere per

(1) Select. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 32. Comment. Instit., lib. 2, tit. 7, § 2, n. 7.

un prezzo minore del giusto trasferito nel compratore il dominio della cosa propria. Se la legge mossa da somma equità gli concede il diritto d'intentare l'azione di rescissione per causa di lesione, vuole anche giustizia che il favore accordato al venditore, che spontaneamente e senza condizioni alienò la cosa propria, non torni in pregiudizio dei legittimi creditori del compratore che acquistarono un gius d'ipoteca sui beni dal medesimo comprati. Tizio compra un fondo. I creditori di lui, che non potendo avere alcun indizio per sospettare infetto di lesione il contratto di compra del loro debitore, accettarono in ipoteca il detto fondo, dovranno improvvisamente veder sciolte le loro ipoteche solo perchè viene ammessa l'azione di lesione per la rescissione del contratto intentata dal venditore, e la cosa viene restituita all'antico padrone? A che si riducono le garanzie che la legge promette ai creditori col Sistema Ipotecario, se la legge stessa le rende vane ed illusorie qualunque volta con una azione rescissoria viene tolta al debitore la proprietà delle sostanze ipotecate? Onde il Sistema Ipotecario, il quale con vincoli indissolubili si lega con quello della proprietà, fondamento e base della ipoteca, non sia una menzogna, è assolutamente necessario che venga il più che sia possibile diminuito il numero delle azioni rescissorie, e anche nei casi in cui queste sono ammesse, non rechino pregiudizio alle ipoteche legittimamente costituite da chi giustamente dovea essere considerato dai terzi come padrone incommutabile della cosa ipotecata. Queste mie riflessioni non sono in contradizione con ciò che ho detto toccando alcuni casi in cui può aver luogo la pratica applicazione dell'articolo 2125 del Codice Napoleone. Se non è lecito riformare la legge quando s'interpretano e si applicano le disposizioni scritte, non è disdetto a chi scrive proporre quelle riforme che gli sembrano utili e opportune, e che solo può attuare l'autorità del legislatore. Nè io posso su questo punto arrogarmi il merito di aver proposta una riforma legislativa da compiersi, che arresti i funesti effetti che trae seco la pratica applicazione del principio generale — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — Questa riforma è già stata compiuta in Italia da Leopoldo di Toscana, il quale alla regola generale stabilita nella prima parte del già citato articolo 62, in forza della quale le ipoteche imposte da colui che su i beni obbligati non ha che un dominio ri-

solubile o soggetto ad essere annullato, si risolvono e si annullano nel ritorno che per la risoluzione o l' annullazione fanno i beni al precedente proprietario, ha nella seconda parte aggiunto in via di eccezione una importantissima limitazione dichiarando, che però non si risolvono e non si annullano e continuano a sussistere in tutta la loro efficacia, quando la risoluzione o l' annullamento del dominio dell' acquirente o del possessore è un effetto dell' azione rescissoria per il capo della lesione enorme, dell' azione revocatoria per qualunque causa nelle donazioni, o dell' inadempimento del patto che forma parte del prezzo nella compra e vendita o del patto di retrovendita; salvi in questi casi alla parte, cui ritornano i beni, i suoi diritti per la equivalente indennità contro la persona che ha obbligati i beni medesimi. La saggezza di questa disposizione del Motuproprio Toscano, onde è stata modificata e ristretta entro giusti confini quella dell' articolo 2125 del Codice Napoleone, disposizione inspirata dai motivi stessi che mossero il sommo Vinnio a discostarsi dall' opinione di molti Dottori ed Interpreti nella applicazione pratica del principio più volte accennato — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* — fa grande onore al Legislatore di Toscana, e credo che tutti i Giureconsulti d'Italia faranno plauso a questa utilissima e importantissima riforma.

700. L' articolo 2179 del Codice di Modena ripete la disposizione dell' articolo 2125 del Codice Napoleone nei seguenti termini: « *Quelli che non hanno sull' immobile se non che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto in casi determinati, non possono costituire se non che una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni o alla stessa risoluzione.* »

Articolo 2126.

I beni dei minori, degl' interdetti, e degli assenti, finchè il loro possesso è soltanto provvisionale, non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenza.

SOMMARIO.

701. I beni immobili dei pupilli e minori non potevano per Gius Romano ipotecarsi senza il Decreto del Magistrato.
702. Anche secondo i principj del Codice Napoleone i beni dei minori non possono ipotecarsi se non coll' osservanza di speciali formalità determinate dalla legge. Se l' ipoteca costituita sui beni dei minori senza le prescritte solennità sia nulla, o sia semplicemente soggetta a rescissione.
703. I beni degli interdetti devono ipotecarsi colle stesse solennità che sono necessarie per l' ipoteca costituita sui beni dei minori.
704. Quali sono gli effetti della ratifica espressa o tacita fatta dal minore divenuto maggiore dell' ipoteca nullamente costituita senza le dovute solennità durante l' età minore.
705. Quali condizioni sono necessarie per la ipoteca da costituirsi sui beni dei figli di famiglia.
706. E quali per la ipoteca da costituirsi sui beni delle donne maritate.
707. I beni degli assenti possono ipotecarsi soltanto dopo la definitiva immissione in possesso.
708. I beni delle persone contemplate nell' articolo 2126 sono sottoposti, come i beni di qualunque persona, all' ipoteca legale e all' ipoteca giudiziale.
709. Se il debitore possa durante il giudizio di espropriazione ipotecare il fondo espropriato.
710. La disposizione dell' articolo 2126 è ripetuta dal Codice delle Due Sicilie.
711. Il Codice di Parma ripetendo la disposizione dell' articolo 2126 del Codice Napoleone contempla anche i figli di famiglia e le donne maritate.
712. Il Codice di Sardegna ripete la massima stabilita dall' articolo 2126 del Codice Napoleone con una disposizione generale che abbraccia e comprende tutte le persone che non hanno la libera facoltà di alienare.
713. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio ripete la disposizione dell' articolo 2126 del Codice Napoleone, estendendola a tutti quelli che non hanno facoltà di disporre liberamente delle loro sostanze.
714. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ha esso pure generalizzata la massima dell' articolo 2126 del Codice Napoleone.
715. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell' articolo 2126 del

Codice Napoleone colla modificazione, colla quale fu adottata dal Codice di Parma.

701. Si disse (1) che la capacità di alienare voluta dall'articolo 2124 in coloro che possono costituire ipoteche convenzionali, abbraccia e comprende due essenziali elementi: 1° il gius di proprietà, 2° la libera amministrazione dei beni da ipotecarsi. Del gius di proprietà abbiamo parlato sotto gli articoli 2124 e 2125. Ora diremo brevemente del secondo elemento.

Giustiniano nelle sue Instituzioni stabilisce la seguente massima: « Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit (2); » e fra le persone che sebbene proprietarj non hanno la capacità di alienare colloca i pupilli soggetti all'autorità del tutore (3). Se i pupilli non hanno, sebbene padroni, la facoltà di alienare, neppur quella possono avere d'ipotecare, e la L. 1, pr. D. *Quæ res pignori,* dichiara espressamente che senza l'autorità del tutore non possono i pupilli ipotecare i beni proprj: « Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest. » Dopo che il Gius Romano trovò modo di assoggettare a cura anche i minori, ossia i puberi *sui juris* che non aveano compito il vigesimo quinto anno, la condizione dei pupilli e dei minori divenne pressochè uguale, e nè gli uni nè gli altri potevano efficacemente obbligarsi e molto meno alienare od ipotecare le cose proprie senza l'autorità del tutore o il consenso del curatore (4). Che anzi una Costituzione di Severo, di cui riporta le parole Ulpiano nella L. 1, § 2, D. *De reb. eor. qui sub tut.,* volle che fosse necessaria l'approvazione del Magistrato, oltre l'autorità del tutore o consenso del curatore, quando doveansi alienare od obbligare fondi rustici o suburbani del pupillo o minore: « Interdicam tutoribus et curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant; nisi, ut id fieret, parentes testamento, vel codicillis caverint. Quod si forte res alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc Prætor Urbanus Vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant. » L'ipoteca costituita dal tutore sui beni del pupillo senza

(1) N. 675.
(2) Lib. 2, tit. 8, pr.
(3) Loc. cit., § 2.
(4) Vinnii Comment. Instit., lib. 1, tit. 23, § 2.

il Decreto del Magistrato era assolutamente nulla, e di ciò non lascia alcun dubbio la L. 7, § 5, D. *De reb. eor. qui sub tut.*, la quale in via di equità accorda l'eccezione di dolo al creditore nel caso che il tutore si fosse servito dei denari presi a mutuo per pagare un altro creditore ipotecario: « Si obligavit rem tutor sine Decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus: sed tunc cum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor. » La Costituzione di Severo limitava la proibizione ai soli fondi rustici e suburbani. Costantino colla L. 22, C. *De adminisl. tut.*, estese la proibizione anche ai fondi urbani e alle cose mobili preziose. Il pegno convenzionale sui beni dei pupilli e minori non poteva costituirsi senza le indicate solennità; ma al pegno Pretorio o giudiziale erano soggetti i beni dei pupilli e minori, come i beni dei maggiori di età, per la ragione chiarissima che dà Ulpiano nella L. 3, § 1, D. *De reb. eor. qui sub tutela:* « Hæ enim obligationes, sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratuum auctoritate. » Anche all'ipoteca legale erano i beni dei pupilli e minori soggetti in tutti quei casi, in cui vi erano sottoposti i beni dei maggiori, trattandosi di una ipoteca imposta *ipso jure* dalla legge indipendentemente dalla volontà di chicchessia (1).

702. L'articolo 2126 del Codice Napoleone dispone che i beni dei minori, ossia delle persone dell'uno o dell'altro sesso non giunte ancora all'età d'anni 21 compiti, non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. Queste forme e cause sono determinate negli articoli 457 e 458; il primo dei quali dispone che il tutore, quand'anche sia il padre o la madre, non può alienare od ipotecare i beni immobili del minore, senza l'autorizzazione di un Consiglio di famiglia, e che questa autorizzazione non dovrà essere accordata che per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio; ed il secondo, che le deliberazioni del Consiglio di Famiglia relative a quest'oggetto non avranno esecuzione, se non dopo che il tutore ne avrà chiesta ed ottenuta l'omologazione avanti il Tribunale Civile di Prima Istanza, il quale deciderà nella Camera del Consiglio, sentito il Regio Procuratore. Neppure i minori emancipati hanno libera facoltà d'ipotecare i proprj fondi, perchè l'articolo 484 di-

(1) Voet, lib. 27, tit. 9, n. 4.

spone che il minore emancipato non può vendere, nè distrarre in altro modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto, senza osservare le forme prescritte al minore non emancipato, a riserva di quelli di pura amministrazione.

Se i beni dei minori saranno ipotecati senza l'osservanza delle solennità prescritte dal Codice Napoleone, sarà nulla l'ipoteca, oppure semplicemente soggetta a rescissione? Per Gius Romano le alienazioni dei beni dei pupilli e minori fatte senza le prescritte solennità sono assolutamente nulle (1). Che anzi la L. 7, § 3, D. *De reb. eor. qui sub tut.*, dichiara nullo persino ciò che fa il tutore non attenendosi rigorosamente al Decreto del Magistrato: « Si Prætor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra: an valeat, quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quam quod a Prætore decretum est, nihil egisse. » Anche secondo i principj del Codice Napoleone l'ipoteca costituita sui beni dei minori senza l'osservanza delle prescritte solennità deve tenersi assolutamente per nulla. Infatti dice l'articolo 2115, che l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge, e l'articolo 2126, che i beni dei minori ed interdetti non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. Quando adunque non sono osservate le forme dalla legge stabilite, i beni dei minori ed interdetti non possono rimanere gravati dalla ipoteca sui medesimi costituita; e se non possono rimanere gravati dalla ipoteca che sui medesimi viene imposta, una tale ipoteca è evidentemente nulla. Eppure il Merlin ritiene che la ipoteca costituita sui beni del minore senza l'osservanza delle prescritte solennità non è nulla *ipso jure*, ma semplicemente soggetta a rescissione, e si appoggia all'articolo 1305, il quale dispone che la semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato, contro qualunque sorta di convenzioni, ed in favore del minore emancipato contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità. Il Troplong (2) non dubita di dire che il Merlin è caduto in errore: « J'ose croire que M. Merlin est tombé ici dans une erreur évidente. » Io divido pienamente l'opinione del Troplong, il quale confuta il Merlin con ar-

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 8, § 2, sotto le parole: *Sine tutoris auctoritate.*
(2) Art. 2126, n. 492.

gomenti che a parer mio non ammettono risposta. L'articolo 1305 citato dal Merlin accorda al minore l'azione di rescissione, appunto perchè considera l'atto fatto dal minore non già sotto il punto di vista della forma, ma unicamente sotto quello della lesione. Quest' articolo infatti stabilisce per regola generale che gli atti dei minori danno luogo all' azione di rescissione per lesione semplice; e in ciò gli atti dei minori sono diversi da quelli dei maggiori, perchè gli atti dei maggiori non sono rescindibili per lesione se non in alcuni casi speciali determinati dalla legge, come in quelli di vendita e di divisione, giusta gli articoli 1674 e 887. Alla regola generale stabilita col detto articolo 1305, in forza della quale gli atti dei minori danno luogo alla rescissione per semplice lesione, la legge fa eccezione in tutti quei casi, in cui espressamente dichiara, come fa nell' articolo 1314 riguardo all' alienazione degli immobili e alle divisioni delle eredità, che gli atti dei minori o degl' interdetti fatti colle prescritte solennità devono considerarsi come se fossero stati fatti nella maggiore età o prima della interdizione. L'azione di nullità per difetto di forma e di solennità è distinta affatto da quella di rescissione per lesione semplice, e che l'una e l'altra azione siano diverse e indipendenti l'una dall'altra, come quelle che competono per cause diverse, si deduce chiaramente dall' articolo 1311, il quale dichiara che il minore non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione assunta nella sua minore età, quando, divenuto maggiore, l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse soltanto soggetta a restituzione. Del resto, che gli atti fatti dai minori e dagli interdetti senza le prescritte solennità siano *ipso jure* nulli, si deduce evidentemente anche dall' articolo 502, il quale dichiara che l' interdizione o la nomina di un consulente avrà il suo effetto dal giorno della sentenza, e che sarà nullo di diritto qualunque atto fosse fatto posteriormente dall' interdetto o senza l'assistenza del consulente. Ciò che l' articolo 502 dice degli interdetti, deve per identità di ragione ripetersi degli atti fatti dai minori senza le prescritte solennità.

E qui non posso rimanermi dal criticare una strana distinzione che si fa dal Duranton (1) tra l' ipoteca costituita dal minore senza le prescritte solennità e quella costituita dal tutore

(1) N. 347, 348.

senza uniformarsi alle norme a lui prescritte dalla legge. Se l'ipoteca viene costituita dal minore per un debito giusto e necessario, pel quale il minore non può muovere l'azione di lesione, allora, secondo il Duranton, l'ipoteca deve aversi per valida, comecchè costituita senza l'osservanza delle solennità prescritte dalla legge. Se il debito è giusto e legittimo e tale che il minore può essere condannato al pagamento, allora secondo il Duranton non importa che il minore abbia costituita l'ipoteca senza l'osservanza delle prescritte solennità, mentre con una sentenza di condanna il creditore può ottenere una ipoteca giudiziale sui beni tutti del minore. Quando si tratta di una ipoteca costituita per un debito altrui, è allora, dice il Duranton, che chi ipoteca deve avere la facoltà di alienare, perchè dalla costituzione della ipoteca può derivare la necessità della alienazione. Ma quando l'ipoteca viene costituita per un debito proprio, allora la causa dell'alienazione non è la costituzione dell'ipoteca, ma la stessa obbligazione a garanzia della quale la ipoteca fu costituita, perchè il creditore, supposto che il suo credito sia giusto e legittimo, ha diritto di domandare la vendita forzosa dei beni del debitore, quand'anche il suo credito sia semplice e chirografario. Giova riportare le stesse parole del Duranton, trattandosi di opinione ch'io combatto: « L'hypothèque consentie par un mineur, pour sûreté d'une obligation valable, n'est réellement qu'une sûreté donnée au créancier par la préférence qu'elle lui attribue sur les autres créanciers, et non le principe de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, puisque le créancier pourrait tout aussi bien faire saisir et vendre cet immeuble sans avoir d'hypothèque, qu'en en ayant une.... D'après cela, nous ne pouvons reconnaître de motifs fondés à cette disposition générale, que pour pouvoir consentir une hypothèque conventionnelle sur un immeuble, il faut avoir la capacité d'aliéner cet immeuble; et quelque absolus que soient les termes de l'article 2124, nous ne saurions nous résoudre à regarder comme nulle et de nul effet l'hypothèque consentie par un mineur émancipé, pour sûreté d'une obligation contractée dans l'intérêt de l'administration de ses biens, ou pour les subsistances ou le logement qui lui ont été fournis, ou même pour un prêt qui lui a été fait et dont les deniers ont tourné à son profit; pourvu, bien entendu, dans tous ces cas, que les formalités prescrites par la loi quant à la forme de l'acte

constitutif de l'hypothèque aient été observées. » Al contrario se l'ipoteca viene costituita dal tutore sui beni del minore senza l'osservanza delle forme e solennità prescritte, allora dice il Duranton che l'ipoteca è radicalmente nulla, e ciò per la ragione che il tutore non è che un mandatario legale del minore, il quale non potendo eccedere nella esecuzione del mandato i poteri conferitigli dalla legge deve rigorosamente attenersi alle forme e solennità che dalla legge stessa sono a lui prescritte : « En effet, le tuteur n'est rien autre chose qu'un mandataire, un mandataire légal ; or, un mandataire ne peut hypothéquer les biens du mandant si le mandat n'en contient pas le pouvoir, et à plus forte raison si le mandat le lui défend, ainsi que les art. 457 et 2126 le défendent au tuteur, hors des cas et sans l'emploi des formes qui y sont spécifiées. Au lieu que lorsque c'est le mineur luimême qui consent l'hypothèque, ce n'est qu'une question de capacité personnelle, et si l'obligation est valable, à raison de ce que les deniers fournis par le créancier ont profité au mineur, l'hypothèque doit l'être pareillement, parce qu'elle ne lui nuit pas. » Io credo che la distinzione del Duranton trovi un ostacolo insuperabile nella disposizione dell'articolo 2126. E infatti quest'articolo contiene una disposizione generale che riguarda l'ipoteca da costituirsi sui beni dei minori, prescrivendo che questi non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenza. Non può dunque radicarsi sui beni dei minori alcuna ipoteca convenzionale, se non per le cause e nelle forme dalla legge stabilite. Se il minore non è emancipato, allora il tutore ne amministra da buon padre di famiglia il di lui patrimonio; e quando ne vorrà ipotecare i beni immobili, dovrà uniformarsi rigorosamente alle disposizioni degli articoli 457 e 458. Se il tutore non osserva ciò che da questi articoli è prescritto, l'ipoteca, quand'anche sia costituita per un contratto vantaggioso al minore, è evidentemente nulla, sì perchè l'articolo 457 dispone in termini assoluti che il tutore non può ipotecare i beni immobili del minore senza l'autorizzazione di un Consiglio di famiglia, la quale deve essere accordata nel modo e nei casi dalla legge prescritti; e sì perchè l'articolo 2126 dichiara esso pure che i beni dei minori non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. Il minore emancipato amministra da sè il pro-

prio patrimonio, e l'articolo 481 gli accorda perciò la facoltà di fare tutti quegli atti i quali sono di semplice amministrazione. Ma l'articolo 483 vieta al minore emancipato di prendere a mutuo *sotto verun pretesto* senza la deliberazione del Consiglio di famiglia, omologata dal Tribunal Civile, e dopo essersi sentito il Regio Procuratore; e l'articolo 484 gli toglie assolutamente ogni facoltà di vendere o distrarre in qualunque modo i suoi beni immobili, se non sono da lui osservate le forme prescritte al minore non emancipato. Può essere più chiara la legge? Anche al minore emancipato, sebbene gli sia lasciata la facoltà di fare gli atti di semplice amministrazione, non è proibito assolutamente dalla legge di alienare sotto qualunque forma i beni immobili, e di fare intorno ad essi qualunque atto che non sia di semplice amministrazione? Come dunque il Duranton può introdurre la distinzione tra la ipoteca costituita senza le solennità dal tutore e quella costituita dallo stesso minore, chiamando nulla la prima, qualunque sia il debito per cui fu contratta, e valida la seconda, se fu costituita per un debito necessario od utile? O ammetta il Duranton che anche il tutore può validamente costituire una ipoteca sui beni del minore non emancipato per un debito necessario o vantaggioso senza l'osservanza delle prescritte solennità, o conceda che al minore contuttochè emancipato non può competere una simile facoltà, perchè quando trattasi di disporre dei beni immobili con atti che non siano di semplice amministrazione, il minore sebbene emancipato non ha maggiori diritti e maggiori poteri di quelli che la legge concede al tutore del minore non emancipato. Per sostenere il suo assunto, il Duranton è costretto a combattere il principio stabilito dall'articolo 2124, secondo il quale non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano. Dice che questo principio non è vero — *cette idée est bien loin d'être vraie*, — perchè, quando si tratta di debito proprio, la causa dell'alienazione non è la ipoteca, ma la stessa obbligazione, se questa è tale che il creditore possa domandarne in giudizio l'adempimento. Io credo che il Duranton abbia gran torto a combattere il principio stabilito dall'articolo 2124; perchè la costituzione dell'ipoteca come quella che importa un vincolo reale sulla cosa ipotecata è una specie di alienazione della cosa stessa, e deve perciò avere la facoltà d'ipotecare gl'immo-

bili chi ha il potere di alienarli. Ma ad ogni modo il principio è scritto e adottato dal legislatore, e il Giureconsulto deve piegare il capo all' autorità della legge. A dir vero, è questa una maniera nuova di sciogliere le questioni legali, negare la verità d' un principio generale sanzionato dalla legge, quando questo principio generale è uno scoglio a cui rompe la opinione del Giureconsulto nella decisione di un dubbio. O il Duranton vuol modificare le disposizioni del legislatore, e allora passa i limiti segnati al Giureconsulto; o vuole sciogliere il dubbio di cui ora si parla colle regole a cui devono attenersi i Giureconsulti nella interpretazione delle leggi, e allora deve cedere alle troppo chiare disposizioni degli articoli 457, 483, 484, 2124 e 2126, e conchiudere che i beni dei minori, o venga l' ipoteca costituita dal tutore o dallo stesso minore emancipato, non possono validamente ipotecarsi se non coll' osservanza delle forme e solennità prescritte dalla legge, qualunque sia il debito, comecchè contratto per una giusta causa e necessaria, a garanzia del quale la ipoteca viene costituita.

703. Per Gius Romano i curatori dei furiosi e dei prodighi doveano osservare le stesse solennità prescritte ai tutori dei pupilli per la valida costituzione dell' ipoteca sui beni amministrati, come risulta dalle L. 8, § 1, e L. 11, D. *De reb. eor. qui sub tut.*, e dalla L. 22, C. *De administrat. tutorum.* Anche secondo il Codice Napoleone i beni degli interdetti devono essere ipotecati colle stesse solennità, colle quali devono essere ipotecati quelli dei minori, perchè giusta l' articolo 509 è l' interdetto parificato al minore per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi beni, e le leggi sopra la tutela dei minori sono applicabili alla tutela degli interdetti. È solamente da avvertirsi che per Gius Romano i prodighi sono trattati come i furiosi e assoggettati a curatore, come risulta dalla L. 1, pr. D. *De curat. furioso.* Ma secondo il Codice Napoleone sono interdetti i maggiori di età, che ritrovansi in uno stato abituale d' imbecillità, di demenza o di furore, ed è a questi a cui accenna l' articolo 2126 quando parla dei beni degli interdetti. Sebbene però il detto articolo 2126 parli solo degli interdetti e non dei prodighi, è però certo che anche ai prodighi può essere proibito di alienare e di aggravare i loro beni d' ipoteca senza l' assistenza di un consulente che loro è deputato dal Tribunale come dispone l' articolo 513, ed in questo caso neppure

i prodighi possono validamente costituire una ipoteca sui loro beni senza l' assistenza del loro consulente.

704. Può darsi che il minore fatto maggiore, o l' interdetto sciolto dal vincolo dell' interdizione, ratifichi l' ipoteca costituita nullamente senza le solennità dalla legge prescritte. In questo caso l' ipoteca acquisterà forza dal giorno della ratifica, oppure la ratifica avrà effetto retroattivo al giorno in cui la ipoteca fu costituita? È questa una importantissima questione, sulla quale non sono d' accordo gl' Interpreti. Per Gius Romano l' atto ratificato si ha per valido dal giorno in cui fu stipulato. È chiaro il testo della L. 1, C. *Si major factus*, la quale contempla il caso di una divisione fatta tra minori e ratificata dopo l' età maggiore: « Si inter minores quinque et viginti annis, vel scriptura interposita, vel sine scriptura facta sine dolo divisio est, eamque post legitimam ætatem ratam fecerint: manere integram debere convenit. » Questa ratifica può anzi essere tacita, risultante cioè dal silenzio mantenuto per tutto il tempo assegnato dalla legge ad intentare l' azione di nullità degli atti fatti nullamente durante la età minore. Ciò è espressamente stabilito nella L. 3, C. *Si major factus alien.*, la quale dà alla tacita ratifica la forza di convalidare con effetto retroattivo l' alienazione dei beni del minore fatta senza il Decreto del Magistrato: « Ideoque præcipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres ejus, minime posse retractari eam occasione prætermissionis Decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo Decreto fuisset res alienata vel supposita. » I citati testi parlano certamente di ratifica espressa e tacita di atti nulli, ma non dichiarano se la ratifica abbia effetto retroattivo anche in pregiudizio dei terzi, i quali acquistarono delle ipoteche nell' intervallo corso tra l' atto nullo e la ratifica. Ma ciò che non dicono i testi, affermano gl' Interpreti, i quali commentando la L. 16, § 1, D. *De pignoribus*, che contempla il caso di una ratifica fatta dal proprietario della ipoteca costituita senza il suo assenso sul suo fondo da un terzo, sono concordi nell' insegnare che la ratifica non pregiudica alle ipoteche prima di essa costituite. Mi basta citare l' autorità del Brunnemanno: « Voluntas domini illius, qui potuit pignori dare, ex post facto accedens, reconciliat, i. e.

convalescere facit oppignorationem rei alienæ antea factam, quasi tempore obligationis valuisset, non tamen id cedit in præjudicium tertii, cui interea pignori nexa res, qui præferendus est. » Ciò che i Dottori insegnano nel caso della ratifica fatta dal proprietario della ipoteca nullamente costituita sul suo fondo da un terzo, è per la stessa ragione applicabile alla ratifica della ipoteca costituita senza le dovute forme e solennità sui beni di un minore o interdetto.

Esaminiamo ora gli effetti della ratifica secondo i principj del Codice Napoleone. Il Troplong (1) ammette che l' ipoteca costituita dal minore senza le formalità necessarie è nulla, e che perciò il minore può intentare l' azione di nullità senza bisogno di provare alcuna lesione, e combatte valorosamente e a parer mio vittoriosamente l'opinione del Merlin e di altri, i quali sostengono che il minore non ha che l' azione di rescissione per intaccare le ipoteche costituite senza le solennità necessarie durante l'età minore: « Tenons donc pour constant que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, de même que dans le Droit Romain. » Egli però dice che la nullità non è assoluta, ma relativa, e che per conseguenza la ratifica, o espressa o tacita, dell' ipoteca nullamente costituita sui beni dei minori ha effetto retroattivo. Non nega la verità della dottrina insegnata dagli Interpreti del Diritto Romano, secondo la quale la ratifica ha effetto retroattivo in pregiudizio del ratificante e non in pregiudizio dei terzi; ma dice che una tale dottrina non è vera e non è applicabile che in due casi, cioè 1° quando l'atto ratificato è nullo di nullità assoluta; 2° quando si tratta della ratifica fatta dal proprietario dell' ipoteca costituita sul suo fondo da un terzo: « Cette règle (la regola cioè secondo la quale la ratifica di un atto nullo non ha effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi) n'est vraie que dans deux circonstances, savoir: 1° lorsque l'acte ratifié est d'une nullité absolue; car, n'ayant eu aucune existence légale avant la ratification, on ne peut créer au préjudice des tiers une fiction qui ferait remonter la validité de cet acte à une époque où ils avaient juste sujet de le croire nul. 2° Lorsque le contrat qu'on ratifie a été passé à *non domino*..... comme dans le cas de la L. 16, D. *De pignoribus* (2). » Quando

(1) Art. 2126, n. 492.
(2) Art. 2126, n. 496.

la nullità è relativa, com'è quella dei contratti fatti dal minore senza le necessarie solennità, la detta dottrina secondo il Troplong non può essere applicabile, e la ratifica o espressa o tacita deve avere effetto retroattivo anche in pregiudizio dei terzi: « Mais on ne peut dire la même chose d'un contrat passé par un mineur. Car ce contrat n'est pas nul absolument; il n'est nul qu'à l'égard du mineur, tandis qu'il lie d'un lien de droit indissoluble ceux qui y ont pris part et adhéré (1). » Io non sono dell'avviso del Troplong, perchè i contratti espressamente proibiti dalla legge, com'è appunto l'ipoteca sui beni dei minori ed interdetti senza l'osservanza delle prescritte solennità, sono assolutamente nulli, come dichiara la L. 5, C. *De legibus:* « Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. » Ha torto il Troplong di chiamar *relativa* la nullità che colpisce l'ipoteca costituita senza le solennità sui beni del minore o interdetto, perchè una tal nullità, trattandosi di un contratto espressamente e specialmente proibito, è assoluta e non relativa, come dice anche il Vinnio: « Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine Decreto alienaverint, cassa est atque ipso jure nulla alienatio (2). » Che poi la costituzione d'ipoteca sia assolutamente proibita dal Codice Napoleone, quando si tratta di beni appartenenti ai minori ed interdetti, senza l'osservanza delle prescritte solennità, chiaro risulta e dall'articolo **2126**, il quale dispone che i beni dei minori ed interdetti *non possono essere ipotecati* che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, e dall'articolo **457**, il quale prescrive che il tutore *non può* alienare od ipotecare i beni immobili del minore senza l'autorizzazione di un Consiglio di famiglia, e finalmente dall'articolo **484**, secondo il quale il minore emancipato *non può* vendere, nè distrarre in altro modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto, a riserva di quelli di pura amministrazione, senza osservare le forme prescritte al minore non emancipato. Se dunque il Troplong ammette e dà per vera la dottrina degli Interpreti del Diritto Romano, quando si tratta della ratifica di atti colpiti da nullità assoluta, ammette cioè che la ratifica non può avere effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi, deve ammettere ancora

(1) Art. 2126, n. 497.
(2) Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 1.

che la ratifica fatta o espressamente o tacitamente dal minore divenuto maggiore o dall' interdetto sciolto dall' interdizione dell' ipoteca nullamente costituita durante l' età minore o l' interdizione, non può avere effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi che acquistarono delle ipoteche sui beni nullamente ipotecati nell' intervallo tra la data dell' ipoteca nulla e la sua ratifica; e ciò perchè la nullità dell' ipoteca costituita sui beni dei minori ed interdetti senza le prescritte solennità è per la ragione già detta una nullità assoluta e non relativa. Qual è la ragione, per cui il Troplong pretende che la nullità dell' ipoteca costituita senza le prescritte solennità sui beni del minore o interdetto è relativa, e che perciò la ratifica deve avere effetto retroattivo in faccia ai terzi? La ragione da lui addotta si è che i contratti fatti dai minori senza le solennità necessarie sono claudicanti, ed obbligano l' altro contraente, per cui, quando avviene la ratifica, l' effetto retroattivo della medesima al giorno del contratto non si fonda in una finzione, ma in una realtà, in quanto che l' atto colpito di nullità esisteva già anche prima della ratifica, essendo rimasto sin dal giorno del contratto obbligato l' altro contraente con vincolo indissolubile: « Mais à l'égard des nullités relatives, il n'y a pas réellement fiction. On ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble (1). » Ammessa anche la nullità relativa voluta dal Troplong, non ha egli ragione di dire che non vi ha finzione e che l' atto esisteva anche prima della ratifica. Imperocchè se l' atto esisteva, non esisteva dalla parte del minore che non rimase obbligato, ma esisteva da parte dell' altro contraente. La finzione dunque vi sarebbe sempre, perchè la ratifica darebbe appunto effetto retroattivo alla parte dell' atto che non aveva vita e legale esistenza prima della ratifica. Del resto, la teoria dei contratti claudicanti messa in campo dal Troplong non è applicabile all' ipoteca costituita senza le solennità prescritte sui beni del minore. Imperocchè l' ipoteca sebbene sia l' accessorio di una obbligazione principale, è però un contratto dall' obbligazion principale separato e distinto, nel quale il solo ipotecante resta obbligato, e il creditore in favor del quale l'ipoteca è costituita non solo non si obbliga, ma accetta invece la obbligazione dell' ipotecante. La detta teoria dei contratti clau-

(1) Art. 2126, n. 498.

dicanti è verissima, ma non è applicabile a tutti i contratti fatti dal minore senza le solennità, ma ai soli contratti bilaterali, e ne fa fede Giustiniano: « In his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus...., si tutoris auctoritas non interveniat; ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur (1). » Quando il contratto è unilaterale, o la obbligazione è dalla parte della persona che contratta col minore, e il contratto è interamente valido, perchè i minori anche senza alcuna solennità possono rendere migliore la propria condizione; o la obbligazione è dalla parte del minore, e il contratto è interamente nullo per la ragione inversa. Anche di ciò fa fede Giustiniano: « Si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas (2). » I contratti si distinguono in *principali* e *accessorj*, e questi ultimi, come insegna il Pothier, sono quelli appunto che assicurano l'esecuzione dei primi: « Les contrats *accessoires* sont ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat (3). » Non deve dunque confondersi il contratto della ipoteca, che è regolato con norme particolari, col contratto principale, a garanzia del quale la ipoteca è costituita. Qualunque sia la natura del contratto principale stipulato tra le parti, l'ipoteca costituita da uno dei contraenti a garanzia della propria obbligazione è essenzialmente un contratto unilaterale; e quando è data da un minore senza le dovute solennità, non può esser mai un contratto claudicante, ma è un contratto interamente nullo. Prima dunque della ratifica fatta dal minore divenuto maggiore, l'ipoteca costituita da lui durante l'età minore senza le dovute solennità non può mai essere considerata come un contratto claudicante, e prima di una tale ratifica nulla di reale esiste in faccia alla legge; non da parte del minore ipotecante, perchè anche il Troplong ammette che la ipoteca da lui costituita è infetta di nullità; non da parte del creditore, perchè questi colla ipoteca datagli dal minore non rimase gravato da alcuna obbligazione, ma accettò invece la obbligazione costituita a favor suo. L'effetto dunque retroattivo, che il Troplong vuol dare in pregiudizio dei

(1) Instit., lib. 1, tit. 21, pr.
(2) Loc. cit.
(3) Traité Des obligat., n. 14.

terzi alla ratifica dell'ipoteca nullamente costituita dal minore senza le solennità, non può avere fondamento in alcuna realtà, ma solo in una finzione. Se il Troplong pertanto conviene che trattandosi di nullità assoluta e non relativa, la ratifica non può avere effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi, per la ragione che nel caso di nullità assoluta la retroattività è una finzione — *c'est seulement à l'égard de celles-ci que l'on peut dire que la rétroactivité est une fiction, et que la fiction ne peut nuire au tiers;* — deve anche ammettere in tutti i modi che qualunque sia il carattere della nullità onde è infetta l'ipoteca costituita dal minore senza le solennità, non può mai questa essere ratificata in pregiudizio dei terzi, verificandosi sempre in qualunque ipotesi quella finzione che per confessione dello stesso Troplong rende ingiusta e quindi impossibile in pregiudizio dei terzi la retroattività della ratifica nei casi di nullità assoluta. Alla opinione del Troplong si oppone inoltre la disposizione generale dell'articolo 1338, il quale stabilisce che la conferma o ratifica di un atto, contro il quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, *senza pregiudizio però del diritto dei terzi.* Se la ratifica espressa fatta nelle forme volute dalla legge di un atto nullo non può mai essere operativa in pregiudizio del diritto dei terzi, molto meno potrà nuocere al diritto dei terzi una ratifica tacita. Alla difficoltà che l'articolo 1338 oppone alla opinione del Troplong egli stesso risponde in questi termini: « En réservant les droits des tiers, cet article n'a nullement voulu dire que la ratification ne dût jamais produire d'effet rétroactif à l'égard des tiers. J'ai dit que, dans le cas de nullité absolue, la ratification ne produisait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Eh bien! c'est ce droit des tiers que l'art. 1338 a cru devoir réserver, afin qu'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve dans un article dont la disposition est générale (1). » Questa risposta non può accettarsi, perchè con questa il Troplong mette un limite non posto dal legislatore alla generale disposizione dell'articolo 1338, che abbraccia senza eccezioni e distinzioni qualsiasi conferma o ratifica degli atti nulli, e persino degli atti validi, contro cui compete la semplice azione di rescissione. Del resto, se vi ha caso in cui la ratifica di un atto nullo

(1) Art. 2126, n. 499.

non deve essere di pregiudizio ai diritti dei terzi, quello si è della ratifica di una ipoteca nullamente costituita. Imperocchè l'articolo 2115 dichiara che l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge; e l'articolo 2126 nei termini i più assoluti dispone che i beni dei minori e degli interdetti non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. E quando si tratta d'ipoteche, i veri interessati alla loro validità sono i terzi, e non il debitore. Quale è lo scopo della ipoteca? Non è dessa destinata a dare al creditore in favor del quale è costituita un diritto di prelazione in concorso degli altri creditori nella distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore? Questi è sempre tenuto sotto la garanzia di tutti i suoi beni a soddisfare alle proprie obbligazioni civilmente valide, ed è perciò estraneo alla lotta che si agita tra i suoi creditori nel giudizio di graduatoria. Come può dunque una ipoteca, che è di sua natura destinata a combattere o contro un terzo possessore o contro i creditori del comun debitore, una ipoteca, dissi, nullamente costituita, ossia una ipoteca che non ebbe vita ed esistenza legale, farsi vivere con una finzione di diritto sin dal giorno della sua illegale e nulla costituzione mediante una ratifica espressa o tacita in pregiudizio degli altri creditori che acquistarono diritti prima di questa ratifica sullo stesso fondo nullamente ipotecato? Il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone ha certamente non pochi difetti, di cui lo accusano tutti gl'Interpreti e Commentatori; ma è da deplorare che la interpretazione di alcuni eminenti Giureconsulti abbia cercato in alcuni punti di renderlo peggiore. Non sarebbero una menzogna le parole del legislatore, il quale dichiara che *l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge,* quando una tarda ratifica potesse in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi dare efficacia e vita legale ad una ipoteca nullamente costituita? L'effetto retroattivo dato alla ratifica dell'atto nullo poggia in una finzione; ma ripugna alla giustizia che si volgano in danno dei terzi anche le finzioni. Si lasci una volta il sistema delle finzioni, e si badi alla realtà. Se l'ipoteca è validamente costituita, abbia tutto il suo effetto, e il creditore goda in tutta la sua pienezza della prelazione e del grado che per diritto gli compete. Se l'ipoteca è nullamente costituita, qual vantaggio ha diritto di sperarne il malaccorto creditore, mentre

la sua ipoteca non è un ente legale, ma è un nulla e un vano nome, che non ha potuto lasciar traccia e segno di sè sul fondo ipotecato? Sia pur ratificata la ipoteca nullamente costituita, il soffio di vita che le viene inspirato dalla ratifica non può aver tanto di forza da cancellare le orme ipotecarie che lasciarono impresse sui beni del debitore i creditori intermedj che acquistarono ipoteche prima del giorno della ratifica. Le ipoteche validamente costituite a favore di terzi nell' intervallo corso tra l' ipoteca nulla e la ratifica sono enti legittimi che non possono non impedire la legittimazione in loro pregiudizio dell' ipoteca spuria creata nullamente senza le dovute solennità. Finchè l' interesse e i diritti delle legittime ipoteche venute in luce prima della ratifica non sono pregiudicati e offesi, i Giureconsulti, che pur sono sacerdoti della giustizia, benediranno a questa legittimazione operata mediante la ratifica; ma quando al diritto dei terzi debba questa far onta e pregiudizio, la giustizia rigorosa vieta al Giureconsulto di farsi il difensore e l' avvocato dell' ipoteca legittimata. Se la legge con una disposizione espressa dichiarasse che la ratifica di un' ipoteca nulla ha effetto retroattivo anche in pregiudizio dei terzi, il Giureconsulto dovrebbe certamente piegare il capo e raccomandarsi alla sapienza del legislatore che volesse cessare una tale iniquità. Ma quando la legge non solo non fa una tale dichiarazione, ma ne fa una totalmente contraria, disponendo in termini generali ed assoluti che la ratifica e conferma degli atti nulli o che possono essere rescissi producono la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano essere opposte contro tali atti, *senza pregiudizio però del diritto dei terzi*, fa non poca meraviglia che eminenti Giureconsulti vogliano con sottigliezze e capricciose distinzioni creare una ingiustizia condannata dalle stesse parole del legislatore. Colla massima ch' io sostengo non si fa torto ad alcuno; non ai creditori, che acquistarono ipoteche nell' intervallo tra la costituzione dell' ipoteca nulla e la ratifica, perchè i loro diritti rimangono salvi ed illesi non ostante la ratifica, la quale non deve recar loro alcun pregiudizio; non al creditore, la cui ipoteca viene confermata dalla ratifica, perchè è solo da questo giorno che la sua ipoteca, nulla nella sua origine, acquista forza, vita ed efficacia. Al contrario, coll' interpretazione del Troplong si accorda al creditore, la cui ipoteca viene ratificata, un diritto a cui egli non può aspirare, non po-

tendo egli pretendere che una ipoteca nulla abbia effetto dal giorno della sua costituzione; e dall'altra parte si commette una grave ingiustizia verso i creditori intermedj, che acquistarono valide ipoteche nel periodo di tempo corso tra la data dell'ipoteca nulla e la sua ratifica, e per commettere una simile ingiustizia si ricorre ad una finzione contraria alla realtà del fatto.

Sul punto, di cui ora si discorre, neppure potrei abbracciare la opinione del Duranton. Egli prima di tutto distingue la ratifica espressa dalla tacita; e quanto alla espressa, ne fa dipendere l'efficacia in faccia ai terzi dalla natura della obbligazione, a garanzia della quale fu data dal minore la ipoteca senza le prescritte solennità. Se la obbligazione, a garanzia della quale fu data dal minore la ipoteca senza le solennità, è assolutamente nulla, allora, secondo il Duranton, la ratifica non può tornare in pregiudizio dei terzi : « Si l'obligation de l'incapable, pour laquelle il avait donné la première hypothèque, n'était soutenue que par la ratification, parce que l'incapable ne s'est point enrichi de ce que le créancier lui a compté, alors le second créancier peut réclamer la priorité d'hypothèque, nonobstant la ratification: par rapport à lui, elle n'a pas effet rétroactif (1). » Se l'obbligazione del minore garantita dall'ipoteca nulla è una obbligazione giusta e valida, in questo caso la ratifica secondo il Duranton torna in pregiudizio dei terzi : « Supposons maintenant que l'obligation de l'incapable, pour laquelle il avait donné hypothèque, et qu'il a ensuite ratifiée en temps de capacité, dût valoir d'après la loi elle-même, parce qu'il s'est enrichi de ce que le créancier lui a compté à raison de cet engagement:... dans ce cas, l'obligation ratifiée, et l'hypothèque qui a été donnée, auront-elles leur effet à compter du contrat primitif, ou seulement à compter de l'acte de ratification ? La solution de la question dépend de la portée du sens des art. 2115 et 2124.... En admettant que ces dispositions ne doivent pas être rigoureusement prises à la lettre, la question posée d'abord serait résolue en faveur du créancier, mais à la charge par lui de prouver le bon emploi des deniers, si les autres créanciers élevaient des contestations à ce sujet.... Une fois la preuve faite, l'obligation et l'hypothèque auraient leur effet dès le principe à l'égard de tous (2). » Dalle ri-

(1) N. 344.
(2) N. 347.

portate parole risulta chiaramente che il Duranton considera valida o nulla l' ipoteca costituita senza le solennità dal minore, secondo che è valida o nulla la obbligazione principale; e che egli pure ammette il principio che la ratifica dell' ipoteca nulla non può pregiudicare ai terzi. Nel primo caso infatti da lui supposto di una ipoteca costituita per una obbligazione nulla, dichiara che la ratifica non nuoce ai terzi, appunto perchè rispetto a quelli che acquistarono ipoteche prima della ratifica, è solamente dal giorno di questa che l' ipoteca costituita senza solennità dal minore acquista forza ed efficacia. Nel secondo caso poi il Duranton, lungi di contraddire al principio che la ratifica dell' ipoteca nullamente costituita dal minore non deve essere di pregiudizio ai terzi, pretende che anche senza le solennità l' ipoteca è valida sino dalla sua origine in vista della obbligazione principale contratta per una giusta causa. In questo secondo caso dunque, se i terzi, che acquistarono ipoteche prima della ratifica, sono pregiudicati e devono soffrire di essere graduati posteriormente, ciò non avviene, secondo l' opinione del Duranton, perchè la ratifica abbia un effetto retroattivo in danno dei terzi, ma perchè l' ipoteca costituita dal minore senza le dovute solennità per una giusta obbligazione è valida sino dalla sua origine, e non dal giorno della ratifica.

Sebbene il Duraton non contraddica alla massima da me sostenuta, che cioè la ratifica dell'ipoteca costituita dal minore senza le necessarie solennità non può tornare in pregiudizio dei terzi, ciò nullameno non posso convenire nel modo onde egli scioglie il dubbio di cui ora ci occupiamo. Imperocchè l' ipoteca, come quella che imprime un diritto reale sul fondo ipotecato, è espressamente proibita dalla legge sui beni dei minori ed interdetti senza l' osservanza delle formalità a tal uopo determinate, qualunque sia dell' obbligazione principale la natura e la causa. Non dichiara apertamente l' articolo 2126 che i beni dei minori e degl' interdetti non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge ? Ha forse la legge in questa disposizione generale ed assoluta riguardo alla qualità della obbligazione, a garanzia della quale la ipoteca viene costituita ? La dottrina dunque del Duranton, secondo la quale la sorte dell' ipoteca costituita dal minore senza le necessarie solennità dipende dalla natura della obbligazione principale, è inammissibile. Imperocchè la

legge non subordina la facoltà d'ipotecare a quella di obbligarsi, ma in vista del vincolo reale che colla ipoteca si radica e si imprime sul fondo ipotecato esige per la costituzione dell'ipoteca solennità e cautele maggiori di quelle che sono necessarie per una semplice obbligazione. Se fosse vera la dottrina del Duranton, l'articolo 2124 invece di stabilire che non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano, avrebbe dovuto dichiarare che non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di obbligarsi. Il Duranton perciò critica la disposizione del detto articolo 2124, che alla sua opinione è uno scoglio insuperabile: « Nous ne pouvons reconnaître de motifs fondés à cette disposition générale, que, pour pouvoir consentir hypothèque conventionnelle sur un immeuble, il faut avoir la capacité d'aliéner cet immeuble (1). » Il citato articolo non è che la ripetizione di una vecchia massima di Diritto Romano, e ben è da stupire che il Duranton non la trovi giustificata da fondati motivi, mentre questi motivi sono tratti dalla natura intrinseca del gius d'ipoteca, che essendo un diritto reale porta una limitazione del diritto di dominio, la quale non può essere consentita che dal solo proprietario che ha la facoltà di disporre a suo talento della cosa sua e di alienarla. Ad ogni modo *lex scripta est*, e i Giureconsulti devono chinare la fronte e rassegnarsi a tutte le conseguenze che dalla legge scritta derivano. Rigettata adunque la distinzione che fa il Duranton tra l'ipoteca costituita dal minore senza solennità per una obbligazione valida e giusta e l'ipoteca costituita per una obbligazione nulla, e ritenuto essere nulla qualunque ipoteca costituita dal minore o interdetto senza le prescritte solennità, senza alcun riguardo alla validità della obbligazione principale, resta fermo il principio generale, ammesso anche dallo stesso Duranton all'appoggio dell'articolo 1338, che il vizio dell'ipoteca nulla non può essere sanato mediante ratifica in pregiudizio dei terzi che acquistarono prima della ratifica ipoteche sul fondo nullamente ipotecato.

Abbiamo accennato che il Duranton distingue tra la ratifica espressa e la ratifica tacita; e quanto alla tacita, egli dice che siccome questa nasce direttamente dalla legge e non dalla volontà del minore divenuto maggiore, così se questi lascia pas-

(1) N. 347.

sare il tempo assegnatogli dalla legge, ossia dieci anni dall'età maggiore, senza intentare l'azione di nullità, l'ipoteca riman valida in pregiudizio anche dei terzi dal giorno in cui fu costituita: « Sans doute, il faudrait décider autrement, si l'obligation et l'hypothèque dont il s'agit étaient devenues valables par le laps de temps donné par la loi au mineur pour exercer l'action en rescission ou en nullité, c'est-à-dire par dix ans écoulés depuis la majorité : dans ce cas, c'est la loi elle-même qui ratifie, et cette ratification a effet à l'égard de tous, à l'égard des tiers comme à l'égard du débiteur lui-même (1). » Secondo pertanto il sistema del Duranton, se il minore divenuto maggiore ratifica espressamente una ipoteca costituita senza le solennità per una obbligazione nulla, la ratifica non pregiudica ai terzi; e se il minore divenuto maggiore non ratifica l'ipoteca costituita senza le solennità per una obbligazione nulla, ma lascia scorrere dieci anni senza intentare l'azione di nullità, allora il creditore è sicuro della sua ipoteca anche in faccia ai terzi, e ha diritto di avere un grado poziore a tutti i creditori che acquistarono ipoteche sul fondo posteriormente alla data dell'ipoteca nulla stata tacitamente ratificata. Neppure in ciò posso convenire col Duranton, e mi ripugna assolutamente che una ratifica espressa abbia ad avere minor forza di una tacita. Infatti *quid refert*, come dice il Vinnio, *tacite seu et re et facto aliquo consensus declaretur, an verbis et conventione expressa* (2)? Ma dice il Duranton, che quando il minore divenuto maggiore lascia passare dieci anni dall'età maggiore senza intentare l'azione di nullità, l'ipoteca nulla viene ratificata dalla stessa legge. Questa ragione non vale, perchè la legge ratifica in vista appunto del silenzio mantenuto dal minore fatto maggiore per tutto il tempo in cui a questo era lasciata la facoltà di valersi dell'azione di nullità. Io tengo per fermo che la prescrizione stabilita dall'articolo 1304, secondo il quale l'azione di nullità o di rescissione d'una convenzione dura per soli dieci anni, non possa mai invocarsi dal creditore, a cui fu dal minore o dall'interdetto costituita una ipoteca nulla senza le solennità necessarie, in faccia agli altri creditori dello stesso minore o interdetto. Imperocchè una ipoteca nulla quanto alla forma non può mai essere opposta e messa in campo in nessun

(1) N. 345.
(2) Comment. Instit. lib. 3, tit. 28, pr. n. 3.

tempo in concorso dei creditori del comun debitore, in quanto che una ipoteca nulla quanto alla forma non ha mai potuto acquistar la vita e l'essere di un ente legale in forza della chiara disposizione dell'articolo 2115, il quale dichiara che l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. E tra i casi in cui l'ipoteca non può aver luogo vi è quello appunto dell'ipoteca costituita senza le solennità necessarie sui beni dei minori ed interdetti, e ciò perchè l'articolo 2126 dispone che i beni dei minori e degl' interdetti non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge. L'opinione del Duranton è la conseguenza di un principio ch' io credo non vero. Egli suppone che gli altri creditori del minore o interdetto abbiano bisogno d' intentare l' azione di nullità contro il creditore, a favore del quale fu costituita l'ipoteca senza le solennità necessarie, nel termine dei dieci anni stabilito dall'articolo 1304, valendosi della facoltà data ai creditori dall'art. 1166 di esercitare i diritti ed azioni del loro debitore: « C'est leur faute de n'avoir pas exercé l'action en nullité du chef de leur débiteur; ils le pouvaient en vertu de l'art. 1166 (1). » Quando si tratta di una ipoteca nulla nella sua forma, quale si è appunto quella costituita da un minore o interdetto senza le solennità necessarie, gli altri creditori non hanno mestieri di valersi delle azioni del loro debitore, ma in qualunque tempo possono essi *jure proprio* opporre la nullità della ipoteca, non avendo questa mai potuto aver luogo ed acquistar essere e vita. Una ipoteca nulla che viene ratificata comincia ad esistere il giorno della ratifica, e da questo giorno può essere opposta ai terzi come ente che ha legale esistenza. Una ipoteca nulla nella sua forma in nessun tempo potrà mai essere opposta ai terzi, perchè il non ente equivale al nulla, e il nulla non può mai per qualsiasi spazio di tempo acquistar corpo e atto di vita e di legale esistenza. Anche il Troplong pensa, come il Duranton, che la tacita ratifica che nasce dalla prescrizione dell'azione di nullità spettante al minore e interdetto dà forza all'ipoteca nullamente costituita dal giorno della sua costituzione non solo in faccia all'ipotecante, ma altresì in faccia ai terzi, e si meraviglia che Battur e Grenier sostengano una massima contraria, e ciò

(1) N. 345.

perchè *la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif* (1). Io credo che abbia ragione il Grenier per le ragioni già dette. Invano il Troplong si fonda nella L. 3, C. *Si major factus alienationem.* Imperocchè questa Legge non dichiara in termini assoluti che la prescrizione dell'azione di nullità darà effetto retroattivo all'atto nullo, ma dispone semplicemente che il minore e il suo erede dopo il termine di cinque anni non potranno più opporre la nullità delle alienazioni fatte senza il Decreto del Magistrato: « Ideoque præcipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione, is, qui eam fecit, vel heres ejus, minime posse retractari eam occasione prætermissionis Decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo Decreto fuisset res alienata vel supposita. » Nessuno mette in dubbio la massima stabilita dalla citata Legge, e convengo pienamente col Troplong che la prescrizione dell'azione di nullità dà effetto retroattivo all'atto nullo in pregiudizio del minore e del suo erede; ma nego che dalla stessa Legge possa dedursi che la prescrizione deve dare effetto retroattivo all'atto nullo anche in pregiudizio dei terzi. Ma qualunque sia la disposizione della Legge Romana, questa non può invocarsi in pregiudizio dei terzi a fronte della chiara disposizione dell'articolo 1338, il quale dichiara che l'atto di conferma o ratifica d'un atto nullo produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, *senza pregiudizio però del diritto dei terzi.* Non ripugnerebbe in fatti che una ratifica tacita avesse più forza di una espressa? Del resto, quando si tratta del pregiudizio dei terzi, l'ipoteca nulla tacitamente ratificata non può avere effetto retroattivo al giorno in cui fu costituita non solo in grazia della disposizione del citato articolo 1338, ma altresì in forza della massima proclamata dall'articolo 2115, il quale dispone in termini assoluti che l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. In faccia ai terzi, contro i quali il creditore ipotecario deve far valere la sua ipoteca nel giudizio di graduatoria, questa non ha luogo, ossia non esiste e non può mai produrre alcun effetto se non è costituita nelle forme volute dalla legge, qualunque

(1) Art. 2126, n. 489, e 502.

siano le ratifiche espresse o tacite fatte dal debitore che la costituì nullamente (1).

705. Diremo ora brevemente dell'ipoteca da costituirsi sui beni dei figli di famiglia e delle donne. Per Gius Romano la patria podestà durava oltre l'età minore, finchè non fosse sciolta o per morte naturale, o per la diminuzione di capo, o per la dignità conferita al figlio di famiglia, o per emancipazione (2). Quando pertanto si trattava di beni appartenenti al peculio castrense o quasi castrense, i figli di famiglia potevano liberamente ipotecarli, perchè rispetto al peculio castrense o quasi castrense i figli di famiglia aveano gli stessi diritti delle persone *sui juris.* I beni costituenti il peculio profettizio non potevano essere ipotecati dai figli di famiglia, perchè il peculio profettizio apparteneva in piena proprietà al padre (3). Quando poi si trattava di beni appartenenti al peculio avventizio, di cui la legge dava all'ascendente avente il gius di patria podestà l'usufrutto e l'amministrazione, la L. ult., § 5, C. *De bonis quæ lib.,* proibiva ai figli di famiglia di alienarli o di ipotecarli senza l'assenso ed approvazione dello stesso ascendente.

Secondo gli articoli 372 e 373 del Codice Napoleone, il figlio è soggetto sino a che sia giunto alla maggiore età o sino alla sua emancipazione all'autorità dei genitori, la quale durante il matrimonio è esercitata dal solo padre, cui l'articolo 389 affida durante il matrimonio l'amministrazione de' beni di proprietà de' suoi figli minori. E però durante il matrimonio dei genitori il figlio minore soggetto all'autorità del padre non può in alcuna maniera ipotecare i proprj beni, dei quali il padre solo ha l'amministrazione. Dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte naturale o civile di uno dei conjugi, allora il figlio minore non emancipato, che rimane sciolto dalla patria podestà, cade sotto la tutela del genitore superstite. E il genitore rivestito del carattere di tutore deve uniformarsi alla disposizione dell'artic. 457, il quale stabilisce che il tutore, *quand' anche sia il padre o la madre,* non può alienare od ipotecare i beni immobili del minore senza l'autorizzazione di un Consiglio di famiglia.

706. Neppure le donne maritate hanno libera facoltà di ipo-

(1) Grenier, Tomo 1, n. 47.
(2) Instit., lib. 1, tit. 12.
(3) Instit., lib. 2, tit. 9, § 1.

tecare i loro beni, perchè l'articolo 217 dispone che la donna, ancorchè non sia in comunione o sia separata di beni, non può donare, alienare ed ipotecare senza che il marito concorra all'atto, o presti il suo consenso in iscritto. Se la donna è maritata col regime della comunione, il solo marito, giusta l'articolo 1421, amministra i beni della comunione, il quale li può vendere, alienare ed ipotecare senza l'intervento della moglie; laddove la moglie, giusta l'articolo 1427, non può senza l'autorizzazione giudiziale obbligare nè sè stessa, nè i beni della comunione. Quando poi la donna si è maritata colla clausola di separazione dei beni, conserva l'intera amministrazione dei suoi beni mobili ed immobili, ma l'articolo 1538 dispone che in nessun caso, nè in forza di qualunque stipulazione, la moglie può alienare i suoi immobili senza speciale assenso del marito, o, in caso di rifiuto, senza autorizzazione giudiziale. E siccome l'articolo 2124 dichiara espressamente che non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano; così la donna maritata colla clausola di separazione de' beni non potrà in nessun caso senza speciale assenso del marito, o, in caso di rifiuto, senza autorizzazione giudiziale, ipotecare i suoi immobili. Se la donna finalmente è maritata col regime dotale, corrono quanto al fondo dotale gli stessi principj stabiliti dal Diritto Romano. Infatti Giustiniano correggendo l'antica Legge Giulia, proibì assolutamente l'alienazione di qualunque fondo dotale, ed anche l'ipoteca sul medesimo costituita, sebbene la moglie avesse prestato il pieno suo assenso alla alienazione o alla costituzione dell'ipoteca: « Interdicta sit alienatio vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat (1). » Seguendo l'esempio di Giustiniano anche il Codice Napoleone dispone nell'articolo 1554 che gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente, salve alcune eccezioni tassativamente stabilite negli articoli 1555, 1556, 1557, 1558. Quanto poi ai beni parafernali, l'articolo 1576, che ne accorda alla moglie l'amministrazione ed il godimento, dispone che essa non può alienarli senza l'autorizzazione del marito, o in caso di rifiuto

(1) Instit., lib. 2, tit. 8, pr.

senza permissione del Giudice. Non potrà dunque la moglie ipotecare i beni parafernali senza l'autorizzazione del marito, o in caso di rifiuto senza permissione del Giudice; e ciò in grazia del più volte citato articolo 2124, secondo il quale quelli soli possono costituire ipoteche convenzionali che hanno la capacità di alienare gli immobili che vi assoggettano.

Anche rispetto alla donna maritata può farsi la stessa questione che abbiamo discussa parlando dei minori ed interdetti, cioè se la ratifica dell'ipoteca nullamente costituita dalla moglie durante il matrimonio senza l'opportuna autorizzazione possa avere effetto retroattivo dal giorno della sua costituzione in pregiudizio dei terzi. Il Troplong applica a questo caso ciò che ha detto intorno alla ratifica fatta dal minore divenuto maggiore dell'ipoteca costituita senza le dovute solennità durante l'età minore, cioè che la ratifica ha effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi (1), e dice che il Grenier profèssa a torto una opinione contraria. Io coerente a ciò che ho detto parlando dei minori m'attengo all'opinione del Grenier (2), perchè sono profondamente convinto che la ratifica espressa o tacita di una ipoteca nulla non possa mai avere effetto retroattivo in pregiudizio dei diritti d'ipoteca acquistati dai terzi prima della ratifica, sì in forza dell'articolo 1338, il quale dispone in termini generali ed assoluti che la conferma o ratifica di un atto nullo produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto *senza pregiudizio però del diritto dei terzi;* sì in forza della generale disposizione dell'articolo 2115, il quale stabilisce che l'ipoteca non ha luogo che ne' casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. La legge commetterebbe una manifesta ingiustizia, quando desse effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi alla ratifica di una ipoteca, che non avea una legale esistenza anteriormente alle ipoteche acquistate dai terzi.

707. Quanto finalmente agli assenti, di cui fa parola l'articolo 2126, dispone l'articolo 120 che nel caso in cui l'assente non abbia lasciato verun procuratore per l'amministrazione de' próprj beni, i suoi eredi presuntivi al tempo in cui cessò di farsi vedere o delle ultime notizie avute di lui, potranno, in forza del

(1) Art. 2126, n. 501.
(2) Tom. 1, n. 43.

giudicato definitivo che avrà dichiarato l'assenza, farsi immettere nel provvisionale possesso de' beni che spettavano all'assente al tempo della di lui partenza o delle ultime sue notizie, mediante cauzione che garantisca la loro amministrazione. Ma questo possesso provvisionale, come dichiara l'articolo 125, non è che un deposito, il quale conferisce a quelli che l'ottengono l'amministrazione dei beni dell'assente, rendendoli risponsabili verso il medesimo, nel caso in cui ricomparisca o si abbiano di lui notizie. E però l'articolo 128 dispone che non potranno alienare nè ipotecare i beni stabili dell'assente coloro, i quali non li possederanno che a titolo d'immissione provvisionale. Colla quale ultima disposizione è pienamente in armonia quella dell'articolo 2126. Se però l'assenza avrà continuato per lo spazio di trent'anni dopo la provvisionale immissione in possesso, oppure quando siano trascorsi cent'anni compíti dalla nascita dell'assente, tutti colòro che ne hanno il diritto possono, giusta l'articolo 129, domandare la divisione dei beni dell'assente, e far pronunziare dal Tribunale di prima istanza la definitiva immissione in possesso. Potranno dunque dopo questa definitiva immissione in possesso ipotecarsi i beni immobili dell'assente, perchè quelli in favor dei quali è accordata acquistano tutti i diritti dell'assente. Infatti dispone l'articolo 132 che se anche dopo la definitiva immissione in possesso ricomparisce l'assente, o resta provata la sua esistenza, esso ricupererà i suoi beni nello stato in cui si troveranno, il prezzo di quelli alienati, ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati. Se l'assente ricomparendo dopo la definitiva immissione in possesso de' suoi beni è obbligato a rispettare le già fatte alienazioni, e a ricuperare i beni nello stato in cui si troveranno, è chiaro che dovrà anche rispettare le ipoteche sui medesimi costituite (1).

708. Abbiamo più sopra avvertito che per Gius Romano i beni dei pupilli potevano essere sottoposti, come i beni dei maggiori di età, al pegno Pretorio o giudiziale. Alludendo al pegno Pretorio dice infatti la L. 3, § 3, D. *Quib. ex caus. in pos. eatur:* « Magisque est, ut Marcellus scribit, etiam pupilli posse bóna possideri. » Per la stessa ragione deve tenersi che anche secondo i principj del Codice Napoleone i beni delle persone contemplate

(1) Persil, art. 2126, n. 2. Duranton, n. 349.

nell'articolo 2126, sono sottoposti all'ipoteca giudiziale, come quella che deriva *ipso jure* dalle sentenze e dai Decreti dei Magistrati. La disposizione dell'articolo 2126, secondo il quale i beni dei minori, degl'interdetti e degli assenti non possono liberamente ipotecarsi, non contempla che le ipoteche convenzionali. Quanto all'ipoteca giudiziale o legale i beni delle persone di cui fa parola il detto articolo 2126 cadono sotto la regola generale, alla quale sono soggetti i beni delle altre persone, trattandosi appunto di ipoteche, le quali derivano o dalla autorità dei Magistrati, o direttamente dalla legge senza bisogno di alcuna convenzione (1). All'ipoteca giudiziale, da cui possono essere colpiti i beni dei minori, degl'interdetti e degli assenti, accennano le parole dell'articolo 2126 — *ovvero in forza di sentenza.* — Ma deve altresì tenersi come massima incontrastabile che i beni delle dette persone sono sottoposti all'ipoteca legale, come quella che è imposta dalla autorità della legge, superiore a qualunque altra autorità.

709. Illustrando l'articolo 2126 ci siamo occupati delle persone, che non hanno la libera facoltà d'ipotecare i beni di cui hanno la proprietà. Prima di passar oltre, cade in acconcio di esaminare, se il proprietario di un fondo, che forma il soggetto di un giudizio di espropriazione, possa ipotecarlo validamente. Sono su questo punto divise le opinioni degli Interpreti Francesi, pe'quali il pomo della discordia è l'articolo 692 del Codice di Procedura Civile, il quale toglie al debitore espropriato la facoltà di alienare il fondo, sul quale pende il giudizio di espropriazione. Il Carré appoggiandosi agli articoli 2124 e 2146 nega al debitore il diritto d'ipotecare il fondo durante il giudizio di espropriazione. Il Grenier (2), alla cui opinione fa plauso il Troplong (3), confuta il Carré e sostiene che alla parola *aliéner* usata nell'articolo 692 del Codice di Procedura deve attribuirsi il significato proprio e ristretto che importa la vera traslazione del dominio. Io convengo col Grenier che l'articolo 2146, il quale dichiara che le inscrizioni non producono alcun effetto, quando siano eseguite entro quel tempo in cui gli atti fatti prima del fallimento sono dichiarati nulli, non può servire di appoggio alla opinione del Car-

(1) Persil, art. 2126, n. 1 e 2. Troplong, art. 2126, n. 481 e 482.
(2) Tom. 1, n. 111.
(3) Art. 2118, n. 413 bis.

ré, appunto perchè il detto articolo considera il debitore in istato di vero fallimento. Ma se l'articolo 2146 non può giustificare l'opinione del Carré, non so come alla medesima si possa contraddire a fronte della disposizione dell'articolo 2124. L'articolo 692 del Codice di Procedura toglie al debitore la facoltà di alienare il fondo soggetto al giudizio di espropriazione. Secondo l'articolo 2124 non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la capacità di alienare gl' immobili che vi assoggettano. La legittima conseguenza di queste due premesse si è che il debitore non può ipotecare il fondo su cui pende il giudizio di espropriazione. Il sillogismo è giusto anche a stretto rigore di logica, e io credo perciò da preferirsi la opinione del Carré. Ma il Grenier ed altri dicono che la espropriazione non spegne nel debitore il diritto di proprietà, e per questo motivo il Troplong rigetta l' opinione del Carré, abbracciando quella del Grenier. Ecco le parole del Troplong: « Ces auteurs pensent que, malgré la saisie, le débiteur conserve le droit d'hypothéquer, parce que la saisie ne détruit pas le droit de propriété de ce débiteur, mais apporte seulement quelques modifications à ce droit. Je crois cette opinion préférable. » Questo motivo, che muove il Troplong a seguire la opinione del Grenier, non mi pare di alcun peso. È verissimo che il debitore che soffre la espropriazione non perde la proprietà del suo fondo; ma anche il Grenier e il Troplong convengono che il gius di proprietà del debitore soffre alcune modificazioni. È appunto in causa di queste modificazioni, a cui va soggetto il gius di proprietà del debitore, che questi perde la facoltà di costituire delle ipoteche. Se valesse l' argomento della conservata proprietà, anche il fallito potrebbe ipotecare validamente i proprj fondi, perchè il fallito conserva, non ostante l'apertura del fallimento, la proprietà dei beni proprj, come dichiara Ulpiano nella L. 3, D. *De cess. bonorum:* « Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret. » Che importa che il debitore conservi la proprietà del fondo espropriato, se la legge modifica a tal segno questa proprietà da negargli il diritto di alienarla? Io voglio anzi essere più severo del Troplong e del Grenier, e dico che il gius di proprietà del debitore non soffre in realtà alcuna modificazione, e rimane integro come prima. Ma se il giudizio di espropriazione non ha forza di modificare il gius di proprietà spettante al debitore, che

rimane integro in lui solo, è però certo che la legge colla disposizione del citato articolo 692 pone dei limiti al pieno esercizio e alla libera disponibilità di un tale diritto. Questi limiti imposti dalla legge alla libera disponibilità, che per diritto compete al proprietario, sono la vera ragione, onde è tolta al debitore, comecchè proprietario, la facoltà d'ipotecare il fondo espropriato. Io per confutare il Troplong mi varrò qui di un principio generale insegnatomi da lui medesimo. Il principio è il seguente: « L'hypothèque étant une aliénation d'une portion du domaine de la chose, ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner (1). » Per qual motivo vuole il Troplong derogare a questo principio generale nel caso di cui ora si tratta, mentre l'articolo 692 del Codice di Procedura toglie al debitore in termini assoluti la facoltà di alienare il fondo soggetto al giudizio di espropriazione? Quando la legge stabilisce un principio generale ed assoluto, non so con quale autorità il Giureconsulto possa creare delle eccezioni. Io rispetto e venero l'autorità del Grenier e del Troplong, ma più della loro rispetto e venero l'autorità del legislatore, alla quale m'inchino anche nei casi in cui non mi par buona la legge.

710. La disposizione dell'articolo 2126 del Codice Napoleone è ripetuta dall'articolo 2012 del Codice del Regno delle Due Sicilie.

711. Illustrando l'articolo 2126 del Codice Napoleone abbiamo detto che anche i figli di famiglia e le donne maritate, di cui tace il detto articolo, sono nel numero delle persone che non hanno la libera facoltà d'ipotecare i beni proprj. A questo vuoto ha supplito il Codice di Parma, il quale nell'articolo 2180 dichiara che i beni delle persone soggette a tutela, a patria podestà, o autorità maritale, i beni de'minori emancipati, e quelli degli assenti, finchè sono posseduti provvisionalmente, non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenza.

712. Meglio ancora al vuoto lasciato dall'articolo 2126 del Codice Napoleone ha supplito il Codice di Sardegna, il quale con una disposizione generale, che abbraccia e comprende le persone tutte che non hanno la libera facoltà di alienare i beni proprj, dichiara nell'articolo 2185 che i beni spettanti a persone incapaci di alienare, come pure quelli degli assenti finchè i loro beni

(1) Art. 2124, n. 460.

sono posseduti a titolo di semplice immissione provvisoria, non possono *in forza di convenzione* essere gravati d'ipoteca se non per le cause e colle autorizzazioni stabilite dalla legge.

713. Anche il § 111 del Regolamento Ipotecario Pontificio dando maggiore estensione alla disposizione dell'articolo 2126 del Codice Napoleone dispone che i pupilli, i minori, gl'interdetti, le donne, le persone o corpi morali, e tutti quelli che non hanno facoltà di obbligarsi e disporre liberamente delle loro sostanze, non possono convenire od imporre sui proprj beni la ipoteca, fuori che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge.

714. L'articolo 75 del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche generalizzando la disposizione dell'articolo 2126 del Codice Napoleone dispone anch'esso che l'ipoteca non può costituirsi validamente che dalle persone capaci di contrattare e di alienare, e dai tutori e curatori ed altri amministratori legali per le persone incapaci e rappresentate da essi nei modi e colle forme delle leggi.

715. Il Codice di Modena ripetendo la disposizione dell'articolo 2180 del Codice di Parma, il quale contempla anche i beni delle persone soggette alla patria podestà o all'autorità maritale, dispone nell'articolo 2180 ciò che segue: « *I beni delle persone soggette a tutela, a patria podestà o autorità maritale, i beni dei minori emancipati, dei figli di famiglia, e quelli degli assenti, finchè sono posseduti provvisionalmente, non possono essere ipotecati se non che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenza.* »

Articolo 2127.

L'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti a due Notaj o avanti ad un Notajo e a due testimoni.

SOMMARIO.

716. L'ipoteca convenzionale romana era un nudo patto, alla validità del quale nessuna forma era richiesta. In forza della L. 11, C.

Qui pot. in pign. divenne privilegiata l'ipoteca risultante da un pubblico documento o da una scrittura privata firmata da tre testimoni. Secondo il Codice Napoleone l'ipoteca convenzionale deve risultare da un atto autentico notarile.

717. Alla validità dell'ipoteca convenzionale secondo il Codice Napoleone non basta che l'atto sia autentico; è assolutamente necessario un atto autentico notarile.

718. Non basta una scrittura privata riconosciuta da un Notaro, o presso un Notaro depositata.

719. Se alla validità dell'ipoteca costituita da un mandatario sia necessario che il mandato sia fatto per atto autentico.

720. Se l'ipoteca è costituita per un credito indeterminato valutato dal creditore all'atto dell'inscrizione, la liquidazione del credito si può fare per atto privato.

721. Il difetto di forma dell'atto costitutivo dell'ipoteca la rende nulla.

722. La disposizione dell'articolo 2127 del Codice Napoleone è ripetuta dal Codice delle Due Sicilie.

723. È pure ripetuta dal Codice di Parma.

724. Secondo il Codice di Sardegna l'ipoteca convenzionale può risultare da qualunque atto autentico.

725. Anche secondo il Regolamento Ipotecario Pontificio l'ipoteca convenzionale deve risultare da un pubblico istromento; ma vengono altresì considerati come pubblici istromenti gli atti o processi verbali di delibera dei Dicasteri amministrativi.

726. Secondo il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, l'ipoteca convenzionale può risultare da un istromento pubblico o da una scrittura privata, purchè in questa sieno osservate le condizioni prescritte dalla legge a tal uopo.

727. Il Codice di Modena vuole che l'ipoteca convenzionale risulti da un atto autentico notarile.

716. L'ipoteca convenzionale era per Gius Romano un nudo patto, alla validità del quale null'altro era necessario che il semplice consenso delle parti in qualsiasi modo manifestato. Ne fa fede la L. 4, D. *De pignor. et hypothecis:* « Contrahitur hypotheca per pactum conventum......... Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. » Dalla qual Legge si raccoglie che alla validità del patto dell'ipoteca nessuna forma o solennità era richiesta, e neppure la scrittura. Inutile sarebbe stato il patto, quando al creditore ne fosse man-

cata la prova; e a quest' uopo usavasi il più delle volte la scrittura, la quale non era necessaria alla validità del patto, ma era utile al creditore come un mezzo di prova, come dichiara la citata Legge: « Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. » Abbiamo detto altra volta e qui accenneremo di volo, che il patto dell' ipoteca, comecchè patto nudo, attribuiva l' azione ipotecaria o quasi Serviana in grazia della sanzione data a questo patto dall' autorità del Pretore. E perciò il patto nudo dell' ipoteca non differiva negli effetti dai contratti consensuali, ossia da quei contratti che si perfezionavano col semplice consenso dei contraenti. Ma sebbene l' ipoteca convenzionale fosse per Gius Romano validamente costituita col semplice consenso senza bisogno di scrittura, la L. 11, C. *Qui pot. in pign.*, però accordò il diritto di preferenza al creditore ipotecario posteriore di tempo, la cui ipoteca risultava da un pubblico documento o da una privata scrittura firmata da tre testimoni: « Eum, qui instrumentis publice confectis nititur præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. » In forza adunque di questa Legge del Codice Giustinianeo sebbene la scrittura non fosse necessaria alla validità dell' ipoteca convenzionale, operava però quando era autentica o quasi autentica, l' importantissimo effetto di attribuire al creditore il diritto di prelazione sopra qualunque creditore ipotecario anteriore di tempo, la cui ipoteca non risultava da un autentico documento o da una scrittura firmata da tre testimoni. Era perciò privilegiata l' ipoteca convenzionale risultante da un autentico documento o da una scrittura firmata da tre testimoni in confronto delle altre ipoteche convenzionali appoggiate ad una scrittura semplice non firmata da tre testimoni. La ragione di questo privilegio accordato dalla citata Legge all' ipoteca convenzionale risultante da un documento autentico o da una privata scrittura firmata da tre testimoni ci viene indicata dal Brunnemanno: « Ratio est: quia debitor privatum instrumentum facile cudere potest in fraudem creditoris, et diem præferre, nam Lex hæc in præsumtione falsitatis fundatur (1). » Quando si tratta di creditori chirografarj,

(1) Ad L. 11, C. *Qui pot. in pign.*

che agiscono con semplice azione personale, ciascuno dimanda al debitore personalmente obbligato ciò che gli è dovuto. Non vi può dunque essere questione di preferenza tra loro, perchè nessuno vanta diritti reali sulle sostanze del debitore. O sia dunque pubblico il documento dal quale risulta il credito chirografario, o sia privato, o il credito si provi con altri mezzi, ciò è indifferente secondo i principj del Diritto Romano, purchè il credito o sia confessato dal debitore o provato con mezzi legali. Ma quando si tratta del concorso di più creditori ipotecarj, allora ciascuno di essi pretende un gius di preferenza sui beni ipotecati prescindendo dalla persona del debitore; e quindi la legge non può più aver riguardo ai soli rapporti che stringono debitore e creditore, ma deve regolare la preferenza secondo l'ordine del tempo, in modo però che sia tolto il pericolo di collusione e di frode tra i diversi concorrenti. Perchè dunque fosse a ciascuno accordato il grado di preferenza secondo la regola di giustizia — *Qui prior est tempore*, *potior est jure*, — e fosse nello stesso tempo escluso il pericolo di ogni frode, la citata L. 11, C. *Qui pot.*, stabilì la massima che il creditore, il cui credito risulta da un pubblico documento o da una scrittura avente forza di pubblico documento, fosse preferito al creditore, il cui credito non è giustificato da documento nè pubblico nè quasi pubblico. Questa saggissima disposizione non deroga dunque al principio onde si regola la preferenza tra i creditori ipotecarj, al principio cioè — *Qui prior est tempore, potior est jure;* — ma fa anzi omaggio a questo principio, volendo che sia applicato con piena sicurezza e senza pericolo di frodi malignamente architettate tra il debitore e qualche creditore in danno degli altri. Io perciò non credo esattamente e rigorosamente vero ciò che dice il Brunnemanno (1), che cioè la regola — *Qui prior est tempore, potior est jure* — soffre una limitazione *propter instrumentum, in quo hypotheca constituta.* Imperocchè la citata L. 11, C. *Qui pot.*, non consacra propriamente una limitazione ed eccezione alla detta regola; ma stabilisce una norma atta a far sì che la detta regola sia applicata senza pericolo di frode, e questa norma si è appunto che nel conflitto tra più creditori aventi ipoteca convenzionale, gli uni dei quali abbiano un credito risultante da pubblico documento e

(1) Ad L. 7, C. *Qui pot. in pign.*

gli altri no, la data del documento o della scrittura firmata da tre testimoni si avrà per anteriore a quella dei crediti degli altri creditori, della cui data, che può essere maliziosamente simulata, non può tranquillamente fidarsi la legge. La L. 11, C. *Qui pot.*, operò dunque una vera rivoluzione all'antico sistema ipotecario. Ha però torto il Grenier quando dice che la L. 11, C. *Qui pot.*, impose la necessità del pubblico documento nella costituzione dell'ipoteca convenzionale: « Ce mode (il modo semplice permesso dal Gius delle Pandette) de constater l'hypothèque était évidemment trop incertain. On crut y remédier en imposant la nécessité d'établir les hypothèques conventionnelles, ou par des actes publics passés devant les tabellions, ou par des actes sous seing privé, mais faits en présence de témoins signataires.....; telle est la disposition de la L. 11, C. *Qui pot. in pignore* (1). » Il Grenier ha detto cosa non vera, perchè la citata L. 11, come chiaramente risulta dalle sue parole e dalla interpretazione che ne hanno fatta tutti gl'Interpreti, non impose la necessità del pubblico documento o della scrittura firmata da tre testimoni nella costituzione dell'ipoteca convenzionale. Ma se la detta Legge non impose la necessità legale del documento pubblico o quasi pubblico, mise però i contraenti nell'alternativa o di assicurare la loro anteriorità con un documento pubblico o quasi pubblico, o di soffrire di essere primeggiati dai creditori aventi crediti risultanti da documento pubblico o da una scrittura firmata da tre testimoni. Gettò dunque la detta L. 11 le fondamenta di quel sistema che fu poi ridotto a perfezione dalla Legge 11 brumaio anno 7, la quale stabilì nell'articolo 3 che l'ipoteca convenzionale dovesse necessariamente risultare da un atto notarile, *d'un acte notarié*. E ad imitazione della legge 11 brumaio dispone il Codice Napoleone nell'articolo 2127, che l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti a due Notaj o avanti ad un Notajo e a due testimoni.

717. Secondo il citato articolo 2127 l'atto costitutivo dell'ipoteca deve essere *in forma autentica*. L'atto autentico giusta l'articolo 1317, è quello che viene ricevuto da pubblici Officiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui fu

(1) Tom. 1, n. 6.

esteso e colle solennità richieste. L'atto dunque costitutivo dell'ipoteca dovendo essere in forma autentica deve essere ricevuto da un pubblico Officiale autorizzato dalla legge ad attribuirgli la pubblica fede ed esteso colle solennità tutte proprie degli atti autentici. Ma l'atto autentico può essere ricevuto da un pubblico Officiale che non sia un Notaro, p. e., da un Cancelliere. Perciò il detto articolo 1317 dice in genere *da pubblici Officiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede.* La qual definizione dell'atto autentico data dal citato articolo 1317 combina con quella che ne dà il Pothier (1). Quando l'articolo 2127 avesse semplicemente dichiarato che l'ipoteca convenzionale deve risultare da un atto stipulato in forma autentica, è allora fuori di dubbio che da un atto esteso colle prescritte solennità da qualunque pubblico Officiale, p. e., da un Cancelliere, autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, potrebbe nascere efficacemente l'ipoteca convenzionale. Ma l'articolo 2127 non si contenta dell'autenticità dell'atto, vuole ancora e prescrive che l'Officiale pubblico che riceve l'atto sia un Notaro. Quindi è che un atto esteso in forma autentica da un pubblico Officiale diverso dal Notaro non può mai dar vita ad una ipoteca convenzionale. Dice perciò giustamente il Persil: « L'acte constitutif de l'hypothèque doit être authentique, et passé devant notaire (2). » Amendue queste condizioni sono necessarie, cioè che l'atto sia esteso in forma autentica, ossia colle solennità proprie degli atti autentici, e che sia ricevuto da due Notaj o da un Notajo alla presenza di due testimoni. Quando amendue queste condizioni non si verificano, l'ipoteca non può essere validamente costituita. La disposizione dell'articolo 2127 riguarda la forma dell'atto costitutivo dell'ipoteca; e quindi, perchè l'ipoteca convenzionale sia validamente costituita, non basta che l'ipotecante abbia, come prescrive l'articolo 2124, la capacità di alienare l'immobile ipotecato; ma è necessario inoltre che sia osservata rigorosamente la forma dell'atto, col quale l'ipoteca viene costituita, ossia che l'ipoteca risulti da atto autentico ricevuto da Notaro. Due sono dunque i requisiti necessarj alla valida costituzione dell'ipoteca convenzionale, capacità di alienare nell'ipotecante, e forma dell'atto onde l'ipoteca viene costituita. E le combinate disposizioni degli articoli 2124 e 2127

(1) Traité Des obligat., n. 730.
(2) Art. 2127, n. 1.

sono una conferma della disposizione dell' articolo 2117, secondo il quale l' ipoteca convenzionale dipende dalle convenzioni e dalla forma estrinseca dell' atto costitutivo dell' ipoteca.

718. A fronte della chiara disposizione dell' articolo 2127 è evidente che l' ipoteca convenzionale non può mai risultare da una privata scrittura, quand' anche questa fosse firmata da mille testimoni, e in ciò il detto articolo ha derogato alla L. 11, C. *Qui pot.*, la quale dava alle scritture private firmate da tre testimoni la stessa forza degli atti autentici. Secondo il Codice Napoleone dalle scritture private non può sorgere che l' ipoteca giudiziale, quando siano state riconosciute in giudizio (1). Ma si fa il dubbio, se una scrittura privata riconosciuta da un Notaro possa dar vita ad una ipoteca convenzionale. Il Troplong dice di si, per la ragione che la ricognizione del Notaro dà alla scrittura l' autenticità di cui mancava (2). Io penso diversamente. Dice chiaramente l' articolo 2127 che l' ipoteca convenzionale non può stabilirsi che *con atto stipulato* in forma autentica avanti a due Notaj o avanti ad un Notajo e a due testimoni. Non basta adunque che la scrittura sia riconosciuta per atto notarile, è assolutamente necessario che l' atto, onde l' ipoteca viene costituita, sia stipulato in forma autentica avanti il Notaro, il quale deve rogarsi non della semplice ricognizione della scrittura, ma della stipulazione delle parti che alla sua presenza costituiscono l' ipoteca.

Si fa anche il dubbio, se una scrittura privata portante costituzione d' ipoteca acquisti l' autenticità necessaria a renderla valida ed efficace, quando sia depositata dalle parti in mano di un Notaro, il quale stenda processo verbale del fattogli deposito. Il Troplong (3) anche in questo caso ritiene che la scrittura acquisti l' autenticità di cui prima mancava, e che perciò l' ipoteca diventi efficace, e si meraviglia anzi che non tutti gl' Interpreti sieno d' accordo su questo punto. Anche il Duranton (4) e il Persil (5) tengono la stessa opinione. A me non pare così *palpabile*, come al Troplong, la verità della massima da lui profes-

(1) Troplong, art. 2127, n. 506.
(2) Art. 2127, n. 506.
(3) Loc. cit.
(4) N. 361.
(5) Art. 2127, n. 4 e 5.

sata; e sebbene a lui sembri strano che vi sia chi tenga una contraria opinione, io mi metto dalla parte dei suoi oppositori per la ragione semplicissima che ho detto parlando della ricognizione fatta dal Notaro, cioè perchè secondo l'articolo 2127 l'atto costitutivo dell'ipoteca deve essere stipulato in forma autentica avanti il Notaro.

719. Si fa la questione, se quando una ipoteca viene con atto autentico costituita da un mandatario sui beni del mandante, debba anche il mandato essere fatto per atto autentico. Merlin (1) sostiene con calore la necessità del mandato autentico contro una Decisione contraria della Corte di Cassazione del 27 maggio 1819. Il Troplong (2) tiene l'opposta sentenza e dice che la miglior risposta alla dottrina *sottile* del Merlin si trova nei Considerando del Decreto della Corte di Cassazione. Io perciò credo necessario riportare i Considerando del Decreto della Corte di Cassazione, sui quali si fa forte il Troplong. Eccoli: « Attendu que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque, et l'acte constitutif de cette hypothèque, sont deux choses tout-à-fait distinctes. — En ce qui concerne le mandat, attendu que le Code établit comme une règle générale que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée, et que s'occupant dans une disposition ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être exprès, et que dans l'espèce ce mandat est exprès. — En ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothèque, attendu que cet acte est authentique, et consenti par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant, rejette. » Dice il Troplong che la Corte di Cassazione ha messo il suggello alla giurisprudenza da essa stabilita con un nuovo Decreto del 5 luglio 1827. Anche il Persil tiene la stessa massima e si appoggia alle seguenti ragioni: « L'hypothèque résulte, non de la procuration, mais de l'acte notarié, d'un acte tel que l'exige la loi. La procuration fixe la capacité du mandataire, l'étendue de ses droits; mais voilà tout: elle ne peut avoir aucune influence sur la régularité de l'hypothèque, puisqu'elle ne fait pas partie, au moins immédiate, de l'acte qui la consti-

(1) Répert., T. 16, Hyp., p. 392, col. 1.
(2) Art. 2127, n. 510.

tue ; en second lieu, le dépôt de la procuration serait seul suffisant pour tout régulariser, puisque ce dépôt donne à l'acte le caractère d'authenticité qu'il n'avait pas auparavant (1). »

Io m'attengo all'opinione del Merlin contro quella del Troplong e del Persil e contro la giurisprudenza stabilita su questo punto dalla Corte di Cassazione di Parigi. Dispone l'articolo 2127 che l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto autentico notarile. Dunque l'atto che costituisce l'ipoteca deve essere un atto autentico stipulato avanti ad uno o due Notaj. Ora io domando: quando l'ipoteca viene costituita da un mandatario su un fondo del mandante, nasce dall'atto che stipula il mandatario, o dall'atto onde il mandante abilita il mandatario a costituirla, o da amendue? Non dal semplice mandato, perchè il mandato, quand'anche sia accettato dal mandatario, se deve produrre il suo effetto, deve essere eseguito conforme alla spiegata intenzione del mandante. Ma neppure può sorgere dall'atto solo di esecuzione, a cui procede il mandatario, perchè quest'atto di esecuzione in tanto ha forza di imprimere un diritto reale sulla cosa del mandante, che è cosa altrui rispetto al mandatario, in quanto l'atto di esecuzione s'attacca e si congiunge al mandato che conferisce al mandatario la facoltà d'ipotecare. L'atto di esecuzione isolatamente considerato non può avere alcuna forza, se questa non gli viene inspirata dal mandato, ed è perciò che il mandatario, come dice la L. 21, C. *De procurat., id solum exequi debet, quod procuratio emissa præscripserit.* Se dunque l'ipoteca non può sorgere nè dal solo mandato, nè dal solo atto di esecuzione stipulato dal mandatario, è chiaro che avrà vita ed essere da amendue gli atti. E se l'ipoteca costituita dal mandatario ha l'essere da amendue gli atti, amendue dovranno essere autentici, perchè l'ipoteca convenzionale secondo l'articolo 2127 può solamente ricever vita dagli atti autentici stipulati avanti ad uno o due Notaj. Insomma, se si vuole che l'ipoteca costituita dal mandatario non sia una figlia spuria e goda tutti i diritti accordati dalla legge ad una legittima ipoteca, è assolutamente necessario un legittimo connubio tra il mandato e l'atto di esecuzione, e un tale connubio sarà legittimo e capace di dare legittimità alla prole, quando ciascuno degli atti, la cui congiunzione è indispensabile, sarà vestito delle forme volute dall'articolo 2127.

(1) Art. 2127, n. 6.

Il mio argomento è semplicissimo, e tanto, che ha l'impronta della ingenuità, ma nullameno io non so come gli si possa rispondere. Aggiungerò ancora un'altra riflessione, che sebbene non meno semplice ed ingenua del primo argomento, non è, se mal non m'appongo, di minore efficacia. Chi è colui che costituisce l'ipoteca convenzionale? È il mandante o il mandatario? È certamente il mandante, perchè egli solo come proprietario può gravare di un diritto reale il proprio fondo. Il mandatario non è che un ministro ed esecutore della volontà del mandante. Ciò è sì vero, che se il mandatario eccede i limiti del mandato conferitogli, *id quod gessit*, (come dice la L. 10, C. *De procurat.*) *nullum domino præjudicium facere potuit.* È dunque la volontà del mandante quella che crea l'ipoteca. E siccome l'articolo 2127 prescrive che l'ipoteca convenzionale si stabilisca con atto stipulato in forma autentica; così l'atto che contiene la volontà del mandante ossia del proprietario, che è la vera causa creatrice dell'ipoteca convenzionale, dovrà essere necessariamente in forma autentica e fatto avanti Notaro. La Corte di Cassazione nel 1° Considerando dice che il mandato a costituire l'ipoteca e l'atto della costituzione compìto dal mandatario sono due cose affatto distinte. Sono due cose distinte: sì certamente; ma sono inseparabili. Anche l'anima umana è distinta dal corpo, ed è perciò semplice e spirituale a differenza del corpo che è materiale e compósto di parti. Ma quando la morte, *che fura i buoni e lascia stare i rei*, rompe colla inesorabil falce il prodigioso connubio che stringe anima e corpo, l'ente uomo che era il risultato dell'unione, cessa di essere. Che importa dunque che il mandato e l'atto di esecuzione siano due cose distinte, se sono tra loro legate con vincoli sì forti e stretti, che ne riesce impossibile la separazione? Si rompa il connubio che lega al mandato l'atto di esecuzione fatto a nome del mandante dal mandatario, avremo allora una ipoteca legittima costituita sui beni del mandante? No, perchè la forza d'imprimere un diritto reale sui beni del mandante non l'ha il mandatario di virtù propria, ma deve riceverla dal mandante, che solo come proprietario può disporre dei beni proprj. Non è di maggior forza l'altro argomento addotto dalla Corte di Cassazione nel secondo Considerando. Ella dice che la legge stabilisce per regola generale che il mandato può farsi o per atto pubblico o per iscrittura privata; e che quando si

tratta di alienare o d'ipotecare, la legge non deroga alla regola generale e si limita a dire che il mandato deve essere espresso. Ma dalla detta regola generale, che trovasi stabilita nell'articolo 1985, non può trarre, a parer mio, alcun appoggio la Corte di Cassazione. Imperocchè la detta regola generale è naturalmente subordinata nella sua applicazione alle norme speciali a cui sono soggetti i diversi contratti che si possono compiere da un mandatario a nome del suo mandante, e quindi dovrà il mandante scegliere tra le due forme, in cui si può fare il mandato, quella che sarà richiesta dalla natura del negozio. Nè mi sembrano di maggior peso gli argomenti del Persil. L'ipoteca, egli dice, risulta non dal mandato, ma dall'atto notarile. Ciò non è vero. L'ipoteca costituita dal mandatario risulta necessariamente, come abbiamo già detto, dal mandato che esprime la volontà dell'ipotecante, e dall'atto di esecuzione del mandatario. Questi due atti sono assolutamente inseparabili, e l'uno senza l'altro non fa nascere l'ipoteca. Dice inoltre il Persil, che il mandato fissa la capacità e i poteri del mandatario, ma che non può avere alcuna influenza sulla regolarità dell'ipoteca, perchè il mandato non fa parte, almeno immediatamente, dell'atto che la costituisce. Il mandato non fa parte dell'atto che costituisce l'ipoteca? Il mandatario ipoteca i beni proprj o quelli del mandante? Quelli del mandante. Se ipoteca i beni del mandante, li ipoteca di propria autorità o per volontà del mandante? Certamente per volontà del mandante. E se li ipoteca per volontà del mandante, il mandato che esprime questa volontà, che è la vera causa creatrice dell'ipoteca, non avrà sulla regolarità della stessa ipoteca alcuna influenza? Alle mia opinione, sebbene appoggiata all'autorità del sommo Merlin, stanno contro i citati Decreti della Corte di Cassazione di Parigi. Per questo dovrò rinunziare alle mie convinzioni, e rassegnarmi alla massima stabilita dalla lodata Corte? A chi per questa mia ostinazione mi accuserà di tropp'ardito e temerario risponderò colle stesse parole del Troplong, il quale non si è mai mostrato ligio alle Decisioni della Corte di Cassazione: « La Cour de Cassation sait mieux que personne que dans notre siècle l'autorité ne se conquiert que par la raison (1). »

(1) Art. 2127, n. 505 bis.

720. È fuori di dubbio che si può costituire una ipoteca per un credito condizionale, eventuale o indeterminato, e in questo caso gli articoli 2132 e 2148 ingiungono l'obbligo al creditore di valutare l'importo del credito nelle note d'inscrizione. Si dimanda dagli Interpreti, se la liquidazione del credito valutato dall'inscrivente dovrà farsi per atto autentico? Sono divise anche su questo punto le opinioni degli Interpreti del Diritto Francese. A me pare da seguirsi l'opinione del Troplong (1), il quale pensa che la liquidazione si può fare anche per atto privato. Infatti l'articolo 2127 vuole l'atto autentico notarile per la costituzione della ipoteca, e perciò l'atto che crea l'ipoteca non potrà mai essere in forma privata. La liquidazione del credito incerto valutato dal creditore all'atto della inscrizione è cosa staccata e distinta dalla costituzione della ipoteca. Non si può dunque ad una tale liquidazione estendere la necessità di quelle forme che la legge ha prescritte per l'atto soltanto, onde l'ipoteca viene costituita. Neppure è necessario che l'atto dal quale risulta il credito sia autentico, perchè il citato articolo 2127 prescrive l'autenticità per l'atto semplicemente costitutivo della ipoteca (2).

721. L'articolo 2127, col quale sta in armonia la disposizione dell'articolo 2129, vuole che l'ipoteca convenzionale risulti da atto autentico. E siccome gli atti mancanti delle forme prescritte per gli atti autentici sono dalla legge considerati come semplici private scritture, come dichiara l'articolo 1318, così il difetto di forma nell'atto costitutivo dell'ipoteca facendo perdere all'atto stesso l'autenticità, che è una condizione essenziale alla validità dell'ipoteca, renderà l'ipoteca stessa nulla e di niun valore (3).

722. La disposizione dell'articolo 2127 del Codice Napoleone è ripetuta nell'articolo 2013 del Codice del Regno delle Due Sicilie.

723. Anche il Codice di Parma dispone nell'articolo 2181 che l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che per atto di Notajo nella forma ordinaria de' contratti.

724. Abbiamo detto più sopra che l'articolo 2127 del Co-

(1) Art. 2127, n. 508 e 509.
(2) Persil, art. 2127, n. 7.
(3) Persil, art. 2127, n. 8.

dice Napoleone non si contenta che l'atto costitutivo dell'ipoteca sia autentico, e vuole che il pubblico Officiale avanti il quale l'atto deve essere stipulato, sia un Notajo (1). Il Codice di Sardegna nell'articolo 2187 dispone che l'ipoteca convenzionale non può essere consentita che in virtù di un atto pubblico rogato da un Notajo o da chi si trova dalle leggi a tali atti autorizzato. Il Codice dunque di Sardegna si contenta dell'autenticità dell'atto, qualunque sia l'Officiale autorizzato dalla legge a ricevere gli atti pubblici. E la disposizione del detto articolo 2187 del Codice di Sardegna è in piena armonia con quella dell'articolo 1411 dello stesso Codice, il quale stabilisce che l'*atto pubblico* è quello che è stato ricevuto colle richieste solennità da un Notajo o da altro pubblico Officiale autorizzato, nel luogo ove tale atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede.

725. Il Regolamento Ipotecario Pontificio nel § 125 dichiara anch'esso che non può essere stabilita ipoteca convenzionale che per mezzo di pubblico istromento; ma aggiunge, modificando l'articolo 2127 del Codice Napoleone, che equivalgono ad istromenti pubblici gli atti o processi verbali di delibera dei Dicasteri amministrativi delle provincie e della Capitale, estesi, sottoscritti ed approvati a norma dei particolari Regolamenti.

726. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, attribuendo ad imitazione della L. 11, C. *Qui pot. in pign.*, alle scritture private firmate da tre testimoni l'autorità e forza dei pubblici documenti, dispone nell'articolo 69 che la ipoteca convenzionale non potrà costituirsi che mediante un istrumento pubblico o una scritta privata. Dichiara però che la scritta privata a questo effetto si dovrà porre in essere alla presenza di tre testimoni, che la firmeranno insieme col costituente, e dovrà inoltre essere munita di recognizione notarile esprimente: che il Notaro ha prima fatta lettura della scritta al costituente e ai testimoni; che il costituente ne ha ratificato il contenuto; che i testimoni hanno dichiarato con loro giuramento di avere apposte le firme respettive contestualmente e di proprio carattere; e che l'adempimento di tutte le dette condizioni viene attestato dal Notaro nella sua qualità di pubblico Officiale.

(1) Persil, art. 2127, n. 1.

727. L'articolo 2181 finalmente del Codice di Modena, ad imitazione dell'articolo 2181 del Codice di Parma, dispone ciò che segue: « *L'ipoteca convenzionale non può stabilirsi se non che per atto autentico notarile nella forma ordinaria de' contratti.* » Il Codice di Modena nell'articolo 2330 dichiara che l'atto autentico è quello che è ricevuto colle debite solennità da un Notaro o altro pubblico Ufficiale autorizzato dalla legge, nel luogo ove tale atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede. Dal confronto di questa disposizione con quella dell'articolo 2181, secondo il quale l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi se non che per atto autentico notarile, si deve dedurre che per la validità della ipoteca convenzionale l'atto autentico deve essere necessariamente ricevuto da un Notaro, come prescrive anche l'articolo 2127 del Codice Napoleone. Gli articoli 1411 del Codice di Sardegna e 2330 del Codice di Modena, che danno la definizione dell'atto autentico, sono pienamente conformi, e si può dire che quest'ultimo è la ripetizione del primo. Al contrario, quando si tratta dell'ipoteca convenzionale l'articolo 2187 del Codice di Sardegna dichiara che questa non può essere consentita che in virtù di un atto pubblico rogato da un Notajo o da chi si trova dalle leggi a tali atti autorizzato; laddove il citato articolo 2181 del Codice di Modena prescrive che l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi se non che per atto autentico notarile nella forma ordinaria de' contratti. Il confronto di queste due disposizioni dei Codici di Sardegna e di Modena riguardanti la qualità e forma dell'atto dal quale risultar deve l'ipoteca convenzionale, convince sempre più che secondo il Codice di Modena il pubblico Ufficiale, il quale deve ricevere l'atto costitutivo dell'ipoteca, deve essere un Notaro.

Articolo 2128.

I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti nel Regno, quando però non vi siano disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche o ne' trattati.

SOMMARIO.

728. Osservazioni critiche sulla disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone.
729. Il Codice delle Due Sicilie ha con una importante modificazione migliorata la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone.
730. Il Codice di Parma ripete la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone senza alcuna modificazione.
731. Il Codice di Sardegna ripete anch'esso la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone, aggiugnendo solo che i contratti ricevuti dai Regj Consoli avranno, rispetto all'ipoteca, l'istessa forza di quelli ricevuti da' Notaj dello Stato.
732 e 733. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio e il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ripetono la massima del citato articolo 2128 del Codice Napoleone.
734. La massima stabilita dall'articolo 2128 del Codice Napoleone diede luogo ad una viva discussione avanti l'Assemblea Legislativa dell'ultima Repubblica Francese. Brevi cenni di questa discussione. La detta massima fu radicalmente riformata dal voto dell'Assemblea.
735. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone.

728. È un principio da tutti ammesso che i beni immobili e i diritti reali sui medesimi costituiti sono regolati dalle leggi del luogo ove sono posti gli stessi beni, le quali formano uno statuto reale. Ma se è certo questo principio, è pure insegnato dai Dottori che un atto validamente fatto nella forma stabilita dalla legge del luogo, ove l'atto è celebrato, ha forza ed efficacia an-

che rispetto a beni posti sotto diverso territorio. Citerò l'autorità del Vinnio in conferma di questa verità: « Omnino in universum plurimum refert, utrum Statutum quid constituat circa actus alicujus solemnitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ Statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicumque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur..... Quibus autem Statutis aliquid cavetur, quod ad actus solemnitatem dumtaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco Statuti aut consuetudinis, rationi et juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita: quoniam cum actuum solemnia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, consequens est, ut actus secundum jus et consuetudinem loci recte et legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat (1). » Questa massima da tutti ammessa ci dà giusto motivo di criticare la disposizione dell' articolo 2128 del Codice Napoleone. Concederemo di buon grado che la legge sulle ipoteche è uno Statuto reale, e che il gius d'ipoteca non può essere regolato da altra legge che da quella del luogo ove sono situati gl' immobili ipotecati. Da ciò viene forse la conseguenza che i contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone? No certamente. Dall' articolo 2127, il quale prescrive che l'ipoteca convenzionale deve stabilirsi con atto autentico notarile, altra conseguenza non può derivare, se non che una ipoteca stipulata con un atto non autentico non potrà mai esser valida e avere effetto sui beni posti nello Stato, dove ha forza di legge il Codice Napoleone, quando anche nel paese estero ove fu stipulata potesse validamente costituirsi l' ipoteca con semplice privata scrittura. Ecco l'unica conseguenza logica che dalla disposizione dell' articolo 2127 può e deve legittimamente dedursi, sebbene la legge sulle ipoteche sia uno Statuto reale. Ma nulla rileva che l' atto autentico notarile, onde viene stabilita la ipoteca, sia celebrato nel luogo dove sono situati i beni, o in un altro paese estero, purchè l' atto sia vestito di tutte le forme e solennità di cui devono essere forniti gli atti autentici notarili nel luogo ove fu fatto. La ragione si è che quando si tratta solo della forma di un atto, ha luogo il princi-

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 19.

pio già mentovato, cioè che un atto rivestito delle forme legali secondo la legge del luogo ove fu celebrato, ovunque è valido ed efficace anche rispetto ai beni posti in un altro Stato. I Compilatori dunque del Codice Napoleone, sanzionando la disposizione dell' articolo 2128, hanno evidentemente violata senza una giusta causa una massima fondamentale di universale giurisprudenza. Il Troplong critica come troppo severa la disposizione dell' articolo 2128 colle seguenti parole: « Sans doute, les actes passés par des Officiers publics étrangers font foi en France. Ils ont une autorité de créance..... Notre hypothèque conventionnelle résulte de la convention et de la volonté des parties. L'autorité de créance qui s'attache au contrat ne suffit-elle pas? N'est-ce pas assez qu'il soit constant que la partie a voulu obliger sa propriété et la grever d'une charge?.... Mais remarquez que notre article va plus loin: il ne se borne pas à dénier la voie exécutive aux hypothèques concédées en pays étranger; il refuse de reconnaître comme valable la stipulation d'hypothèque elle-même; cette stipulation est inefficace, d'après notre texte. Or, c'est en quoi je trouve que le Code s'est montré beaucoup trop sévère (1). » La critica del Troplong, la quale si limita a rimproverare al legislatore una soverchia severità, non risponde all' obbiezione che i difensori dell' articolo 2128 possono trarre dall' articolo 2117, secondo il quale l' ipoteca convenzionale non dipende solo dalla convenzione, ma altresì dalla forma estrinseca del contratto. Io credo di avere risposto a questa obbiezione, allegando all'appoggio dell' autorità del Vinnio il principio che gli atti vestiti delle forme e solennità stabilite dalle leggi del luogo ove vengono celebrati hanno forza ed efficacia ovunque; principio apertamente violato dai Compilatori del Codice Napoleone colla disposizione dell' articolo 2128. Eppure a questo principio si attennero scrupolosamente quando si tratta di un testamento fatto in paese estero. L' articolo 999 in fatti dispone che un Italiano che si troverà in estero Stato, potrà disporre con testamento olografo, o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo atto sarà ricevuto. Un testamento dunque fatto in forma autentica in estero Stato sarà non solo riputato valido, ma tenuto in conto di atto autentico, e produrrà il pieno suo effetto rispetto ai beni posti nello Stato dove ha vigore di legge il Codice Napoleone; e

(1) Art. 2128, n. 511.

una ipoteca convenzionale stipulata con atto autentico notarile in un paese estero non avrà alcuna forza. Non è questa una inesplicabile contraddizione? Forse un atto costitutivo di una ipoteca è di maggiore importanza di un testamento che cambia rispetto ai beni immobili l'ordine di successione stabilito dalla legge del luogo dove gli stessi beni sono posti? Spieghi chi sa e può queste contraddizioni. Io credo però assai giusta la critica fatta all' articolo 2128 dal Duranton, il quale dichiara di non saper trovarne la ragione: « Mais cette raison, il faut le dire franchement, n'existe pas; il y a eu méprise de la part des Rédacteurs du Code (1). » Se la costituzione di una ipoteca fosse un atto di esecuzione sopra i beni immobili ipotecati, allora i Compilatori del Codice Napoleone avrebbero avuto ragione di non attribuire ad un atto stipulato in paese estero la forza di produrla; ma la ipoteca non è un atto di esecuzione, assicura semplicemente al creditore un diritto di prelazione sul prezzo del fondo ipotecato, quando di questo sarà fatta la espropriazione e la vendita per ordine dei Magistrati del luogo ove il fondo stesso è posto. Nè si dica che la ipoteca mena all' espropriazione; perchè non i soli creditori ipotecarj hanno diritto di domandare la espropriazione dei fondi del debitore, ma altresì i creditori chirografarj. Prima del Codice Napoleone erano in Francia divise le opinioni dei Giureconsulti sulla efficacia di un contratto d' ipoteca stipulato in paese estero. Alcuni, considerando il contratto d' ipoteca come un contratto di Gius delle Genti, ritenevano che le ipoteche costituite con atti stipulati in paese estero dovessero aversi per valide in Francia. Altri, ripetendo l'origine del gius d' ipoteca dal solo Gius Civile, tenevano una contraria opinione, e pensavano che solamente potesse nascere da un contratto stipulato in Francia nelle debite forme. La lotta tra i due partiti era molto forte, e provocò un' Ordinanza del 1629, onde venne confermata l'opinione degli ultimi (2). Il Grenier, parlando di questa questione che teneva divisi gli antichi Giureconsulti della Francia, non esita a condannare come erronea la opinione dei primi per le seguenti ragioni: « Mais ces auteurs (quelli cioè che riputavano valida l' ipoteca stipulata in paese estero sui beni posti in Francia) étaient très certainement dans l'erreur. Et je dois m'empresser

(1) N. 362.
(2) Troplong, art. 2128, n. 512.

de poser un principe important sur cette matière, qui est fécond en conséquences. Ce principe est que l'hypothèque prend sa source dans le Droit Civil et non dans le Droit des Gens. Il faut bien se garder de confondre l'obligation en elle-même avec l'hypothèque... Mais l'hypothèque est un droit de main-mise qui affecte l'immeuble. Elle ne concerne pas la personne seule, comme l'obligation.... Elle se tire de la loi civile, qui régit le fond sur lequel elle est constituée (1). » Sebbene il Grenier tacci di errore l'opinione degli antichi Giureconsulti che riputavano valida l'ipoteca costituita in estero paese sui beni posti in Francia, io non sto in forse dal far plauso alla massima insegnata da questi Giureconsulti condannati dal Grenier, e mi piace di citare l'autorità del Choppin: « Jure gentium sancitæ hypothecæ actio vim obtinet ubique terrarum ac regionum in quibus debitoris bona consistunt, dummodo creditor, consignata litteris testatione, planum faciat tabellionem esse, ac publica fide subnixum eum qui obligatorias debiti cautiones conscripserit (2). » Io credo che il Grenier si fondi in un falso principio. L'ipoteca convenzionale non è, com' egli pensa, una creazione del Diritto Civile, ma è una istituzione del Diritto di Natura e delle Genti, come quella che si fonda direttamente, come si disse altra volta, nel diritto di proprietà anteriore a qualunque civile legislazione. Il padrone che può alienare la cosa propria in pregiudizio di qualunque creditore, che può imporre sulla medesima vincoli reali di servitù che ne diminuiscono il valore e ne limitano la libertà, non potrà per Diritto di Natura e delle Genti vincolarla a garanzia di un suo creditore? La legge civile dà norma a tutti i contratti che sono di Gius delle Genti, e stabilisce regole speciali per la compra e vendita, per la permuta, per le donazioni ed altri di simil genere che importano l'alienazione assoluta della proprietà. Si dirà per questo che questi contratti sono una creazione del Diritto Civile? La legge civile avrà su questi contratti, come su quello dell'ipoteca, i diritti che hanno su i figli adottivi i padri che li ricevono in adozione; ma questa adozione fatta dalla legge civile non potrà mai spegnere i diritti di origine, e non potrà mai usurpare al Diritto di Natura e delle Genti quella paternità naturale che sui detti contratti giustamente gli compete. Mi pare anche che il

(1) Tomo 1, n. 13.
(2) Sur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. *De pignorat. fund. possess.*, n. 11.

Grenier abbia torto a dire che l'ipoteca è un diritto di *mainmise.* Imperocchè l' ipoteca sebbene imprima un diritto reale sulla cosa, questo diritto reale non è un diritto di *mainmise,* perchè, non ostante l' ipoteca, non avviene alcun atto di esecuzione sull' immobile ipotecato che resta nella piena proprietà, possesso e godimento del proprietario; e l'esecuzione comincia col primo atto giudiziale, col quale il creditore, o ipotecario o chirografario, procede al giudizio di espropriazione avanti il Tribunale del luogo dove l' immobile ipotecato è posto. La citata Ordinanza del 1629 era concepita nei seguenti termini: « Les jugemens rendus, contrats ou obligations reçus ès-royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume: ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses. » Inspirati i Compilatori del Codice di Napoleone dalla massima proclamata da questa Ordinanza, dettarono la disposizione dell' articolo 2128, che non può essere giustificata da alcuna buona ragione. Hanno essi dichiarato nell' articolo 2117 che l' ipoteca convenzionale dipende dalla convenzione e dalla forma estrinseca del contratto. Ma nessuno di questi due elementi esige l' intervento dell' autorità sovrana dello Stato ove sono posti i beni ipotecati. Non certamente il primo, il quale non domanda che l' assenso del proprietario. Non l' altro della forma estrinseca, perchè è consentaneo alla ragione e al Diritto, come dice il Vinnio, che gli atti vestiti delle forme stabilite dalla legge del luogo ove sono celebrati abbiano forza e valore ovunque, anche rispetto ai beni posti su territorio straniero: « Rationi et Juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sit (1). » Il Persil per difendere la disposizione dell' articolo 2128 dice che sarebbe cosa contraria alla politica permettere che gli stranieri possano acquistare a loro talento diritti reali sui beni posti in Francia: « Il serait sans doute impolitique de laisser à des étrangers le droit d'affecter à leur gré nos immeubles (2). » Se questa ragione fosse buona, allora non dovrebbe dichiararsi invalido il solo contratto d' ipoteca stipulato in paese estero, ma anche quello di vendita, e tanto più questo che il primo, perchè la vendita ha per iscopo di trasferire nell'acquirente l' intero dominio, mentre l' ipoteca non dà che un semplice

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 19.
(2) Art. 2128, n. 1.

diritto reale che non priva il proprietario del suo dominio. Se fosse buona la ragione del Persil, allora dovrebbesi cancellare dal Codice la saggissima disposizione dell'articolo 15, il quale stabilisce che un Italiano può essere citato avanti un Tribunale dello Stato per le obbligazioni da esso contratte in paese straniero anche con uno straniero. Se lo straniero può citare all'appoggio di una obbligazione contratta in un paese estero il cittadino dello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone avanti i Tribunali dello stesso Stato, questo straniero potrà anche ottenere una sentenza, e quindi acquistare una ipoteca giudiziale sui beni tutti presenti e futuri del condannato. Deve dunque confessare il Persil, che se era cosa impolitica lasciare aperto l'adito agli stranieri di acquistare una ipoteca convenzionale speciale sui beni posti nello Stato, non avrebbero i Compilatori del Codice Napoleone fatto cosa molto politica lasciare agli stranieri aperta la via ad acquistare l'ipoteca giudiziale, che essendo di sua natura generale colpisce i beni presenti e futuri, ed è quindi un diritto assai più forte che non quello della ipoteca convenzionale, che deve essere necessariamente speciale e costituita sui beni presenti. Che che ne pensino il Grenier ed il Persil, io credo che i Compilatori del Codice Napoleone non si possano difendere dalle giuste critiche che possono farsi contro la disposizione dell'articolo 2128 dettata da una malintesa gelosia d'indipendenza nazionale e inspirata da un'antica Ordinanza che non potè mai metter solide radici in Francia. Tranne il caso che la disposizione dell'articolo 2128 sia modificata dalle leggi politiche o dai trattati, chi ha un atto autentico stipulato in paese estero a qual partito dovrà dunque appigliarsi per acquistare ipoteca sui beni posti nello Stato dove è in vigore il Codice Napoleone? L'articolo 2128 dice in termini assoluti che i contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti nello Stato. L'ipoteca convenzionale costituita con un documento, comecchè autentico, stipulato in paese estero, è dunque assolutamente nulla, e non potrà mai dare alcun diritto reale al creditore. Non resta altro partito al creditore che di far uso del diritto che gli accorda l'articolo 15, ossia di citare all'appoggio del suo documento il debitore che costituì nullamente l'ipoteca, per ottenere contro il medesimo una sentenza di condanna. Quando il debitore sarà stato condannato dal Tribunale dello Stato dove sono posti i beni, il credi-

tore avrà non già l'ipoteca convenzionale, che non può mai nascere da un documento autentico fatto in paese estero, ma l'ipoteca giudiziale, che potrà inscrivere ed esercitare nei modi prescritti (1). Ma ognuno vede che questa ipoteca giudiziale è cosa diversa dalla convenzionale, e che perciò il creditore che ha una ipoteca convenzionale stipulata con un atto fatto in paese estero trovasi nella stessa condizione di un creditore che ha una semplice scrittura privata, il quale può valersi della scrittura in giudizio, non già per dar forza alla ipoteca convenzionale stipulata nella medesima, ma per acquistare una ipoteca giudiziale. Che anzi, come giustamente osserva il Duranton (2), il creditore che ha un atto autentico stipulato in paese estero si trova in peggior condizione di quello che ha una semplice scrittura fatta essa pure in paese estero. Imperocchè quest' ultimo può ottenere immediatamente l' ipoteca giudiziale all' appoggio del Decreto di ricognizione di firma; laddove il primo, non potendo citare il debitore a riconoscere la firma, ha assolutamente mestieri di una sentenza che condanni lo stesso debitore al pagamento di ciò che deve. Ha dunque il Duranton ragione di dire che la legge su questo punto ha bisogno di essere migliorata: « La Loi peut donc être améliorée sous ce rapport, comme sous plusieurs autres (3).»

729. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, che quasi sempre ripete colle stesse parole le disposizioni del Codice Napoleone, ha portato un grandissimo miglioramento a quella dell'articolo 2128, dichiarando nell'articolo 2014, che i contratti fatti in paese straniero con atto autentico secondo le leggi del luogo possono produrre ipoteca sopra i beni esistenti nel Regno, allorchè, fattone l' esame dal Tribunal Civile della provincia o della valle, inteso il pubblico Ministero, con sentenza ne sarà ordinata la iscrizione. Da questa disposizione apparisce chiaramente che il Tribunale è incaricato semplicemente di verificare se il documento presentato dal creditore è fatto coll'osservanza delle forme prescritte dalle leggi del luogo, e che la sentenza limitandosi ad ordinare la iscrizione lascia in tutto il suo vigore la ipoteca convenzionale stipulata nell' atto. Questa disposizione è conforme alla teoria del Choppin già sopra riportata, secondo la quale l'ipoteca costi-

(1) Troplong, art. 2128, n. 512 bis.
(2) N. 362.
(3) N. 362.

tuita in un atto autentico stipulato in un paese estero ha forza ovunque, ***dummodo creditor, consignata litteris testatione, planum faciat tabellionem esse, ac publica fide subnixum eum, qui obligatorias debiti cautiones conscripserit.***

730. Il Codice di Parma, che ha fatto su molti punti utilissimi emendamenti al Sistema Ipotecario del Codice Napoleone, su questo importantissimo, di cui si discorre, relativo al contratto d'ipoteca stipulato in paese estero, ha ripetuto nell'articolo 2182 senza alcuna modificazione la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone.

731. Il Codice di Sardegna è anch'esso su questo punto assai rigoroso, e dispone nell'articolo 2188 che gli atti autentici seguiti in paese straniero non conferiscono ipoteca sui beni situati negli Stati, salvo che i trattati politici ne contengano disposizione espressa. Aggiunge però nella seconda parte dello stesso articolo che i contratti ricevuti dai Regii Consoli avranno rispetto all'ipoteca l'istessa forza di quelli ricevuti da'Notaj dello Stato.

732. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio, ripetendo la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone, dispone nel § 112 che i contratti stipulati ne' paesi esteri non producono ipoteca sui beni posti ne'Dominj Pontificj, salva la reciprocanza, e salve ancora le convenzioni politiche ed i trattati.

733. L'articolo 71 del Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dispone anch'esso, ad imitazione dell'articolo 2128 del Codice di Napoleone, che i contratti stipulati in paese estero non conferiscono ipoteca sui beni posti nel territorio Toscano, quando diversamente non dispongano le leggi politiche e i trattati; e aggiunge che in questo caso l'ipoteca non potrà essere inscritta, fintantochè l'istrumento forestiero non abbia ricevuta l'archiviazione prescritta dagli ordini.

734. L'articolo 2121 del Progetto Vatimesnil era la ripetizione dell'articolo 2128 del Codice Civile Francese, ed era concepito nei seguenti termini: « Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. » A quest'articolo però fu proposto un emendamento così concepito: « Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent conférer hypothèque sur les biens de France qu'autant qu'ils ont été légalisés par les Agents Diploma-

tiques de la France à l'étranger, et vérifiés par le Président du Tribunal du lieu de la situation des biens (1). » Quando nella Seduta del 26 dicembre 1850 fu aperta la discussione sul detto articolo 2121, Vatimesnil dichiarò che la Commissione di cui esso era Relatore aveva accettato il propostole emendamento alla maggioranza di un voto, e che esso a nome proprio e della minoranza della Commissione lo respingeva assolutamente. E per combattere un tale emendamento disse che si trattava di una materia non tanto di Diritto Civile, quanto di Diritto Pubblico Internazionale; che nelle questioni di Diritto Pubblico Internazionale il principio dominante, fondato sulla ragione, sull'equità ed anche sulla dignità nazionale, è quello della reciprocità; che l'articolo 2128 del Codice Napoleone non nega assolutamente ai contratti fatti in paese estero la forza di produrre ipoteca, ma rende omaggio al detto principio, subordinando l'efficacia della costituita ipoteca alle leggi politiche o ai trattati; e che perciò col proposto emendamento, col quale si dà valore all'ipoteca stipulata in paese estero indipendentemente dalle leggi politiche e dai trattati, verrebbe abbassata la nazionalità Francese in faccia alla nazionalità forestiera. — Come ognun vede, per un esagerato sentimento di dignità nazionale, per timore che la dignità del nome Francese potesse rimanere umiliata quando fosse lasciata la libertà ai possessori di beni posti in Francia d'ipotecare la cosa propria con un contratto stipulato fuori di Francia, l'illustre Vatimesnil, il caldo ed eloquente patrocinatore della riforma ipotecaria, voleva che l'Assemblea legittimasse col suo voto una antica ingiustizia. Non è infatti una ingiustizia che un Francese che trovasi fuori di Stato non possa valersi del suo credito fondiario, non possa liberamente disporre de' suoi beni? Non è una ingiustizia legare senza giuste e forti cause la libertà, alla quale ha diritto ogni proprietario, e legarla con manifesta violazione di un solenne principio di antica giurisprudenza, secondo il quale gli atti vestiti delle forme stabilite nel luogo, dove sono celebrati, meritano ovunque rispetto e fiducia? Cosa è mai questo spettro dell'ipoteca, che fa tanta paura ad uomini sì dotti ed amici del civile progresso, com'è un Vatimesnil, da persuaderli che l'onore e la dignità del nome Francese possano restar compromessi per un contratto d'ipoteca stipulato al di là delle fron-

(1) Moniteur, 26 et 27 décemb. 1850, n. 360, 361.

tiere del suolo Francese? Il Francese che trovasi fuori di patria potrà senza pericolo di offendere la dignità della propria nazione donare liberamente, vendere a chi vuole i proprj fondi, e non potrà darli in garanzia de' suoi creditori? Se il proprietario di beni posti in Francia li vende con atto fatto fuori di Francia per un prezzo da pagarsi dopo un certo tempo, acquista certamente, perdendo il dominio, un gius di privilegio sul fondo venduto, che in sostanza è una ipoteca privilegiata; e nessuno potrà con un atto stipulato fuori di Stato acquistare sui beni posti in Francia una semplice ipoteca? Ma può darsi, diceva Vatimesnil, che lo Stato, dove viene stipulata l'ipoteca, neghi fede agli atti autentici fatti in Francia. — Sia pure; se questo Stato è tanto incivile e retrogrado da innalzare una barriera di diffidenza e di sospetto contro gli altri Stati con danno gravissimo dei possessori di fondi stabili, la Francia illuminata e civilissima non vorrebbe insegnargli che queste barriere sono l'opera di altri tempi, e che nuocono sempre a chi stoltamente le erige? — Vatimesnil voleva che si mantenesse la disposizione dell'articolo 2128 non solo sotto il punto di vista della dignità nazionale, ma altresì sotto quello importantissimo degli interessi Francesi. Ecco come egli la ragionava: La legge vuole nell'atto costitutivo dell'ipoteca la presenza del Notaro, non solo per l'interesse dei terzi, ma altresì per l'interesse delle parti contraenti. La costituzione dell'ipoteca è un atto della più grande importanza, a compiere il quale hanno bisogno di assistenza, consiglio e protezione tanto il debitore, quanto il creditore. Ne ha bisogno il debitore, come parte più debole, onde il creditore non gl'imponga con dure condizioni la legge del forte. Ne ha bisogno altresì il creditore, onde il debitore, usando dell'astuzia che è l'arte dei deboli, non lo tragga in inganno o dandogli in ipoteca un fondo di cui non è sicuro proprietario, o un fondo gravato di altri oneri superiori al suo vero valore. Il Notaro ha dalla legge la difficile e delicata missione di tutelare e proteggere gl'interessi opposti delle due parti; ed è per questo motivo che l'atto onde viene stabilita l'ipoteca deve essere stipulato avanti un Notaro. La presenza del Notaro è una garanzia per i due contraenti, e il suo ministero è tutto di difesa e protezione. Questa difesa degli interessi dei proprietarj e dei loro creditori che la legge raccomanda ai Notari Francesi, non si deve affidare a Notari esteri, che non

possono meritare la confidenza della Nazione Francese, nel cui territorio si trovano i beni da ipotecarsi. — Da questo ragionamento di Vatimesnil si dovrebbe concludere che il legislatore volle mettere sotto la tutela legittima dei Notari Francesi i proprietarj che posseggono beni immobili in Francia, onde senza la loro assistenza e presenza non potessero con stipulate ipoteche far male i loro interessi, ed anzi che volle mettere sotto la stessa tutela anche i creditori stranieri che danno a fronte di una garanzia ipotecaria i loro capitali ai detti proprietarj. A dir vero, io non credo che il legislatore colla disposizione dell'art. 2127, onde è prescritto che l'ipoteca convenzionale deve stabilirsi con atto autentico notarile, abbia pensato a fare del Notaro un tutore destinato a curare l'interesse dell'ipotecante e del creditore a cui l'ipoteca viene costituita. E quando questo fosse stato l'avviso del legislatore, io dimanderei perchè non diede anche il Notaro per tutore ai venditori e ai compratori di beni immobili posti in Francia; ai primi, onde non fossero lesi nella misura del prezzo; ai secondi, affinchè non facessero un cattivo acquisto o per difetto di dominio nel venditore, o per gravezze soverchie di oneri ipotecarj. A me pare che l'idea di Vatimesnil non sia ammissibile. Il Notaro non è altro che un pubblico Uffiziale autorizzato dalla legge ad attribuire all'atto di cui si roga la pubblica fede. Il Notaro non fa altro che rendere autentica, e quindi efficace anche in faccia ai terzi, una scrittura che senza il suo intervento sarebbe semplicemente privata. Se nell'ipoteca non fossero interessati i terzi, in faccia ai quali il creditore fa valere il gius di prelazione, la legge non comanderebbe certamente l'autenticità del documento, perchè anche la scrittura privata fra quelli che l'hanno sottoscritta, come dichiara l'articolo 1322, ha la stessa forza dell'atto autentico quando sia legalmente riconosciuta. A torto adunque Vatimesnil, per dare maggiore importanza all'intervento del Notaro voluto dalla legge nella costituzione della ipoteca convenzionale, pretendeva investire lo stesso Notaro di un ministero di tutela e protezione, destinato a difendere gl'interessi dell'ipotecante e del creditore. Il documento autentico non è che una forma solenne di scrittura, ed è principio inconcusso di universale giurisprudenza che gli atti vestiti delle forme stabilite nel luogo dove sono celebrati ovunque hanno forza ed efficacia. Se la legge facesse nascere *ipso jure* l'ipoteca dall'atto

autentico, come la fa nascere dalle sentenze giudiziali, il caso sarebbe diverso, perchè allora l'ipoteca deriverebbe non dalla volontà delle parti, ma dalla autorità trasfusa all' atto dalla potenza sovrana. Ma secondo i principj del Codice Napoleone, confermati anche dal Progetto Vatimesnil, l'ipoteca deve essere espressamente stipulata, e deriva perciò dalla volontà dei contraenti, e il documento autentico non ha altro uffizio che di far pubblica fede della stipulata convenzione.

Anche il Deputato Chégaray, membro della minoranza della Commissione, si oppose calorosamente all'emendamento approvato dalla maggioranza, fondandosi principalmente nella qualità e natura del diritto dell'ipoteca, cui egli chiamò esorbitante, come quello che dà un gius di preferenza in odio e in danno degli altri creditori del debitore, i beni del quale per Diritto Comune sono la garanzia di tutti i creditori. — Non credo che l'ipoteca convenzionale si possa chiamare un diritto esorbitante. Il padrone che la costituisce non fa che esercitare il gius di dominio nel modo che più gli torna utile. Chi è proprietario, chi può vendere la cosa sua, a più forte ragione deve avere il diritto di ipotecarla. Nè con questa ipoteca offende il diritto dei suoi creditori, perchè non offende alcuno chi fa uso di un diritto che gli compete. È verissimo che secondo il Diritto Comune i creditori hanno tutti un eguale diritto sui beni del comun debitore. Ma questo diritto si esercita forse dai creditori sui beni che il debitore avea nel momento della formazione del debito? No. I creditori hanno diritto soltanto sui beni che si trovano nel patrimonio del debitore al momento del giudizio di esecuzione intrapreso dopo la scadenza del debito. Sui beni alienati dal debitore dopo i contratti debiti prima del giudizio di esecuzione, i creditori di lui chirografarj non hanno alcun diritto. Se dunque senza far torto ad alcuno il debitore prima del giudizio di esecuzione da intraprendersi dopo la scadenza del debito ha potuto liberamente alienare i beni proprj mobili ed immobili, perchè non potrà con eguale diritto darli in ipoteca a garanzia di un qualche creditore che non ha voluto fidarsi del solo credito personale? Se il debitore non offende i creditori suoi personali alienando irrevocabilmente i beni proprj, e togliendo ad essi ogni speranza di garanzia, li offenderà ipotecandoli semplicemente, e lasciando ad essi qualche speranza di essere pagati in ultima fila? Avea, a parer

mio, gran torto il Deputato Chégaray a presentare l'ipoteca come un diritto odioso ed esorbitante per difendere la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone, e rigettare l'emendamento stato accettato dalla maggioranza della Commissione.

L'emendamento combattuto da Vatimesnil e da Chégaray fu calorosamente difeso dal Deputato Valette, il quale citò l'autorità del Troplong e del Duranton chiedenti la riforma dell'articolo 2128 del Codice Civile. Disse ancora che il Consiglio di Stato, sebbene poco inclinato alle riforme e grandemente conservatore, avea votato anch'esso per la riforma dell'articolo 2128. Trattandosi di un punto di moltissima importanza, riporterò le parole del Consiglio di Stato citate da Valette nel suo discorso: « Cette règle de l'art. 2128 appartient à un autre âge; plusieurs Cours en ont demandé la réforme. Le très-éminent Magistrat M. Portalis, (Président de la Cour de Cassation), qui avait apporté au Conseil le tribut de son expérience et de ses lumières, a réclamé, au nom du Droit des Gens, l'introduction d'un principe plus libéral, plus conforme au progrès de nos mœurs. Il importe que le Français, qui réside à l'étranger, puisse hypothéquer, comme il peut vendre l'immeuble qu'il possède en France. La loi ne lui défend pas d'aliéner; par quels motifs lui défendrait-elle d'hypothéquer? » A maggiore conferma della mia opinione su questo punto credo che non sarà discaro al lettore ch'io riporti anche le parole del Rapporto della Commissione del Parlamento Belgico nominata per l'esame del Progetto della Riforma Ipotecaria presentato dal Governo del Belgio. Il detto Progetto abrogava la disposizione dell'articolo 2128, e il Rapporto della Commissione si esprimeva nei seguenti termini intorno ad una tale abrogazione: « Cet article abroge la législation en vigueur. Le Code Civil (art. 2128) déclarait non valable la stipulation d'hypothèque faite en pays étranger; mais on peut par acte passé à l'étranger vendre les biens situés en Belgique, en disposer par contrat de mariage, par testament etc. A quel titre ne pourrait-on pas les grever d'hypothèque? L'hypothèque tient moins au Droit Civil qu'au Droit des Gens. C'est un accessoire nécessaire de tout emprunt. Aujourd'hui elle est un élément indispensable des transactions sociales. Annihiler la stipulation hypothécaire consentie par un Belge à l'étranger, c'est ruiner notre crédit, c'est paralyser les relations commerciales les plus importantes. » Disse molto

giustamente Valette che l'articolo 2128 del Codice Civile è un avanzo dell'antica legislazione, e che un simile errore non poteva più essere conservato in una nuova legge riformatrice del Sistema Ipotecario. Anche il Ministro di Giustizia Rouher dichiarò di aderire all'emendamento accettato, come si disse, dalla maggioranza della Commissione. Egli facendosi a rispondere al discorso di Vatimesnil ridusse la questione ai suoi veri termini. Non è questa, egli disse, una questione di Diritto Diplomatico, nella quale sia mestieri osservare le condizioni di reciprocità fra Stato e Stato; ma è semplicemente una questione di Diritto delle Genti, una questione dipendente dal diritto che ha ogni proprietario di disporre della cosa sua. Il proprietario di un immobile posto in Francia, il quale può essere un Francese o uno straniero, può egli disporre della cosa sua? Qui sta il nodo della questione. Questo proprietario potrà fuori della Francia disporre come gli piace della cosa sua per testamento, per donazione, per contratto di alienazione; e gli sarà vietato disporne con un contratto d' ipoteca? Ridotta la questione a questi semplici termini, a cui la restrinse il Ministro Rouher, salta agli occhi di ognuno la anomalia della disposizione dell'articolo 2128, disposizione che a ragione il Deputato Valette chiamò *illogica*. Il voto della maggioranza della Commissione prevalse nell'Assemblea legislativa della Repubblica Francese, la quale rigettando l'articolo calorosamente sostenuto da Vatimesnil approvò ed adottò nella Seduta del 26 dicembre 1850 l' accennato emendamento modificato nei seguenti termini: « Les actes authentiques passés en pays étranger dans les formes déterminées par les lois du pays ne peuvent conférer d'hypothèque sur les biens de France qu'autant qu'ils ont été légalisés par les Agents Diplomatiques de la France à l'étranger, et vérifiés par le Président du Tribunal de la situation des biens (1). » Tutti gli amici del civile progresso, tutti quelli pei quali è sacro il diritto di disporre liberamente della cosa nostra, tutti quelli che amano vedere atterrate le barriere che in altri tempi l' ignoranza, la diffidenza, la gelosia innalzavano tra nazione e nazione, non possono che far plauso al voto dell' Assemblea Legislativa della spenta Repubblica Francese.

735. I Compilatori del Codice di Modena nell'articolo 2161 proclamarono la massima importantissima e saggissima, che

(1) Moniteur Un., 26 et 27 décemb. 1850.

l'ipoteca tanto legale, quanto giudiziale, o convenzionale, può acquistarsi anche dai forestieri. Questa disposizione domandava un'altra riforma, l'abolizione cioè della massima sanzionata dall'articolo 2128 del Codice Napoleone. I Compilatori del Codice di Modena si arrestarono a metà del cammino, e ripeterono la disposizione del citato articolo 2128 del Codice Napoleone nell'articolo 2182 concepito nei seguenti termini: « *I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti in questi Stati, quando però non vi sieno disposizioni contrarie nelle Leggi politiche o nei Trattati.* » Dopo tutto quello che ho detto qui sopra non ho bisogno di aggiugnere alcuna osservazione intorno a questa disposizione. Mi limiterò a ripetere le poche parole che il Consiglio di Stato sotto l'ultima Repubblica Francese pronunziava contro la disposizione dell'articolo 2128 del Codice Napoleone: « Cette règle appartient à un autre âge. »

Articolo 2129.

Non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella, la quale o nell'atto autentico costitutivo del credito, o in un atto autentico posteriore dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl'immobili attualmente appartenenti al debitore, i quali egli assoggetta all'ipoteca per il credito. Ciascuno de' suoi beni presenti può essere nominatamente sottomesso all'ipoteca.

I beni futuri non possono essere ipotecati.

SOMMARIO.

736. Secondo il Diritto Romano l'ipoteca convenzionale è o generale o speciale. Il Codice Napoleone la vuole speciale.

737. Se il creditore, a cui fu data una ipoteca generale dal debitore, possa costringere lo stesso debitore a dargliene una valida speciale.

738. Una ipoteca speciale stipulata nello stesso atto, con cui fu convenuta anche una ipoteca generale, riman ferma e valida, non ostante la nullità dell'ipoteca generale.

739. L'ipoteca è costituita specialmente secondo la volontà della legge quando sono determinate tanto la natura, quanto la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati. Come debba interpretarsi la disposizione dell'articolo 2129.

740. Se nell'atto costitutivo dell'ipoteca non furono indicati gli elementi che per volontà della legge determinano la specialità, il creditore non può supplire al difetto colla inscrizione.

741. L'articolo 2129 conferma il principio che non si può ipotecare la cosa altrui.

742. Se l'ipoteca costituita sulla cosa altrui rimanga confermata, quando l'ipotecante diviene padrone della cosa nullamente ipotecata.

743. Se l'ipoteca costituita sulla cosa altrui resti confermata, qualora il proprietario del fondo ipotecato diviene erede dell'ipotecante.

744. L'ipoteca può essere costituita da un terzo pel debitore.

745. Se sia valida l'ipoteca costituita sul fondo altrui sotto la condizione « se il fondo ipotecato cadrà nel dominio dell'ipotecante. »

746. Il creditore ipotecario non può ipotecare il fondo, sul quale ha il gius d'ipoteca.

747. Si possono ipotecare tutti i beni immobili presenti, purchè ciascuno di essi sia specialmente indicato.

748. L'ipoteca sui beni futuri è nulla.

749. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete la disposizione dell'articolo 2129.

750. Secondo il Codice di Parma l'ipoteca convenzionale può essere generale o speciale.

751. Secondo il Codice di Sardegna l'ipoteca convenzionale deve essere speciale.

752. Anche secondo il Regolamento Ipotecario Pontificio la ipoteca convenzionale deve essere speciale.

753. Il Sovrano Motuproprio Toscano s'attiene anch'esso alla disposizione dell'articolo 2129 del Codice Napoleone.

754. Il Codice di Modena, ad imitazione di quello di Parma, permette che l'ipoteca convenzionale sia convenuta o generale o speciale.

736. L'ipoteca convenzionale per Gius Romano è o generale o speciale (1). La L. 6, C. *Qui pot. in pign.*, ci offre un esempio dell'una e dell'altra: « Si generaliter bona sint obligata, et postea res alii specialiter pignori dentur. » E non solo è per-

(1) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 2.

messa l'ipoteca convenzionale generale; ma la L. 9, C. *Quæ res pignori,* stabilisce che la promessa fatta dal debitore sotto la garanzia dei suoi beni importa l'ipoteca generale dei beni tutti, sebbene non sia fatta alcuna menzione d'ipoteca: « Si quis in cujuscumque contractus instrumento ea verba posuerit, *Fide et periculo rerum ad me pertinentium*, *vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto:* sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in præsenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus. » Dalla qual Legge si raccoglie ancora che l'ipoteca generale convenzionale romana colpisce non solo i beni presenti, ma altresì i futuri, sebbene di questi non sia fatta alcuna menzione. L'ipoteca generale non era compatibile col nuovo sistema della pubblicità introdotta dalla Legge 11 brumaio, e però questa Legge attribuì all'ipoteca l'essenziale carattere della specialità (1). Il Codice Napoleone, che calcò le orme della Legge 11 brumaio, benchè in alcuni punti se ne sia fatalmente allontanato con passo retrogrado, adottò esso pure la specialità come condizione dell'ipoteca convenzionale. È questa una delle più vitali riforme che distinguono l'antico dal nuovo Sistema Ipotecario (2). Non mi pare però esatta la seguente proposizione generale del Persil: « On voit par l'art. 2114, qu'il existe maintenant dans l'hypothèque trois caractères distinctifs, la publicité, la spécialité, l'indivisibilité (3). » Questi dovrebbero essere certamente i caratteri dell'ipoteca; ma secondo il Codice Napoleone la specialità non è un carattere distintivo di qualunque ipoteca, ma solamente dell'ipoteca convenzionale, perchè l'ipoteca legale e la giudiziale sono fatalmente generali e colpiscono i beni presenti e futuri del debitore. La specialità, come quella che determina e singolarizza il fondo ipotecato, è la base e il fondamento dell'inscrizione, destinata a render pubblica la ipoteca, e dice molto giustamente il Troplong, che la specialità prepara l'inscrizione, e che l'inscrizione assicura la pubblicità: « La spécialité prépare l'inscription: l'inscription assure la publicité (4). » La specialità è un elemento essenziale della pubblicità. Imperocchè, se l'ipoteca deve esser pubblica, i terzi devono conoscere con certezza gl'immobili

(1) Duranton, n. 363.
(2) Persil, art. 2129, n. 1.
(3) Art. 2114. n. 5.
(4) Art. 2129, n. 513.

ipotecati. Questa verità è confessata anche dal Troplong, di cui mi piace riportare le parole: « Aujourd'hui l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés (1). » Se ciò è vero, è duopo concludere che le ipoteche generali sanzionate dal Codice Napoleone, cioè le legali e le giudiziali, non sono in armonia col sistema della pubblicità, e sono una anomalia inesplicabile. I Compilatori del detto Codice doveano almeno restringerle ai soli beni presenti e comandarne la specializzazione al momento della inscrizione, obbligando il creditore a indicare nelle note la natura e la situazione di ciascuno degli immobili del debitore colpiti dalla ipoteca generale. Ma di ciò diremo a suo tempo, quando terremo discorso dell'articolo 2148. Ora ci basti lo stabilire che la ipoteca convenzionale deve essere speciale, che la specialità è un carattere essenziale di questa ipoteca, e che per conseguenza non è lecito stipulare una ipoteca convenzionale generale. La proibizione di stipulare una ipoteca generale risulta evidentemente dall'articolo 2129, il quale dichiara che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella, la quale o nell'atto autentico costitutivo del credito o in un atto autentico posteriore dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati. La disposizione dell'articolo 2129 è generale ed assoluta, e non può quindi mai esser valida una ipoteca convenzionale che non sia speciale. Sarà perciò nulla la ipoteca convenzionale generale non solo in faccia ai terzi, ma altresì in faccia al debitore, perchè i patti e le convenzioni fatte contro il voto del legislatore non possono mai avere alcun effetto, e si considerano come non avvenuti. Dice il Troplong che il legislatore ha proibita l'ipoteca convenzionale generale, non solo per soccorrere al debitore, il quale stretto dal bisogno di denaro potrebbe essere indotto dall'indiscreto creditore a vincolare senza necessità tutto il suo patrimonio, e per impedire che non si accumulino sullo stesso fondo troppe ipoteche, il cui concorso intralcia con grave dispendio e danno degli interessati i giudizj di graduatoria; ma altresì per favorire e agevolare la pubblicità, che è lo scopo principale del nuovo Sistema. Avverte anzi il Troplong che quest'ultimo motivo è stato il più forte: « Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale con-

(1) Loc. cit.

ventionnelle se trouve prohibée par le Code. Plusieurs motifs ont déterminé le législateur... Enfin (et ce motif est le plus décisif) il a voulu favoriser les effets de la publicité (1). » Sono giustissime le osservazioni del Troplong, e credo che nessuno vorrà metterle in dubbio; ma se l'ultimo motivo è vero, è forza il dire che il legislatore ha mal favorita la pubblicità, che pure era lo scopo del nuovo Sistema, col legittimare nelle ipoteche legali e giudiziali un vizio, quello cioè della generalità, che non ha voluto e non ha potuto tollerare nelle ipoteche convenzionali. Il legislatore che ha tolto giustamente, mosso da motivi d'interesse generale, la libertà ai privati di stipulare ipoteche generali, non dovea mettersi in contraddizione con sè medesimo, lasciando sussistere nelle ipoteche indipendenti dalla volontà dei contraenti quello stesso vizio, del quale volle purgata la ipoteca convenzionale.

737. Il Persil, sebbene ammetta esser nulla l'ipoteca generale stipulata per contratto, ciò nullameno pensa che il creditore, a cui fu costituita, potrà costringere il debitore a dargliene una speciale. Dopo di avere stabilito che la stipulazione dell'ipoteca generale non sarebbe di alcun vantaggio al creditore, il quale resterebbe nella classe dei creditori chirografarj, così ragiona: « Cependant nous croyons que celui qui aurait prêté sous cette hypothèque, serait toujours fondé à en réclamer une spéciale; car on doit interpréter les contrats *pro ut sonant*. Or, il est évident que l'intention du prêteur a été d'avoir une hypothèque qui lui assurât la restitution des deniers prêtés; et le débiteur ne doit pas se prévaloir d'une erreur où il aura souvent induit lui-même son créancier (2). » Anche il Grenier (3) tiene la stessa massima, e giudica troppo duro un Decreto della Corte Reale d'Aix del 16 agosto 1811, che negò ad un creditore, che avea stipulata una ipoteca generale, il diritto di pretendere dal debitore una ipoteca speciale. Io non posso accettare questa opinione del Grenier e del Persil. Se l'ipoteca convenzionale generale è nulla tanto in faccia ai terzi, quanto in faccia al debitore che la costituì, come ammettono gli stessi Grenier e Persil, come mai quest'ipoteca nulla potrà attribuire al creditore il diritto di

(1) Art. 2129, n. 515.
(2) Art. 2129, n. 1.
(3) Tomo 1, n. 65.

chiederne una speciale? Un atto nullo fatto contro il divieto della legge non può assolutamente produrre alcun effetto. Sono troppo chiari i termini della L. 5, C. *De legibus*. D'altra parte da una ipoteca, che quando fosse valida sarebbe un diritto reale, come potrebbe sorgere un'azione personale atta a costringere il debitore a prestarsi al fatto della costituzione di una nuova ipoteca speciale? L'opinione del Grenier e del Persil a me pare strana. Dicono amendue questi sommi Giureconsulti che il debitore, il quale ha costituita una ipoteca generale vietata dalla legge, non deve approfittare dell'errore dello stesso creditore. Ma a quest'osservazione risponde la massima stabilita nella L. 6, pr. D. *De jur. et fac. ignorantia:* « Regula est, *juris quidem ignorantiam cuique nocere.* » Il creditore che ha accettata una ipoteca convenzionale generale riprovata dalla legge deve dolersi della propria dabbenaggine o di quella del Notaro, ma non ha e non può avere alcun diritto di pretendere che il suo errore, che non è di fatto ma di diritto, sia dal debitore riparato con una nuova costituzione d'ipoteca. Ma forse l'equità può giustificare l'opinione del Grenier e del Persil? L'equità prevale allo stretto gius che si risolve in una ingiustizia, giusta l'adagio — *summum jus*, *summa injuria;* — ma l'equità non può mai aver tanta forza da far tacere le regole della giustizia. Questa differenza tra giustizia e stretto gius trovasi ben distinta nella L. 8, C. *De judiciis:* « Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ, æquitatisque, quam stricti Juris rationem. » La giustizia non consente che da un atto nullo possa sorgere una azione civile, qualunque sia lo scopo di questa azione. Crede anche il Persil di poter trar partito dall'articolo 2131, il quale dispone che nel caso in cui l'immobile ipotecato perisse o si deteriorasse in modo che fosse divenuto insufficiente alla sicurezza del creditore, questi potrà chiedere o il suo rimborso od un supplimento all'ipoteca: « D'un autre côté, on doit assimiler ce cas à celui où les immeubles originairement donnés en hypothèque seraient devenus insuffisans, et permettre au créancier, comme le fait l'art. 2131, de demander une hypothèque spéciale pour supplément. » Ma come mai si può assimilare il caso, di cui si discorre, con quello contemplato nell'articolo 2131? Infatti per qual ragione l'articolo 2131 accorda al creditore il diritto di chiedere il suo rimborso prima della scadenza, oppure un supplimento d'ipoteca? Perchè il creditore

diede i denari al debitore a fronte della garanzia di una valida ipoteca costituita nel modo voluto dalla legge, e questa garanzia senza colpa sua gli svanisce o diviene insufficiente. Ma quando il creditore ha stipulata una ipoteca nulla, egli è nella condizione del creditore chirografario che non ne ha stipulata alcuna; e come il creditore chirografario che si è contentato della semplice azione personale non può dopo pretendere dal debitore che gli dia una ipoteca non convenuta al momento della formazione del debito; così il creditore al quale fu data una ipoteca generale, ossia una ipoteca nulla, non potrà mai domandare e pretendere dal debitore una ipoteca speciale. Anche il Troplong riprova e condanna (1) come contraria alla legge l'opinione del Grenier e del Persil. Il Duranton (2) fa plauso alla decisione data su questo punto dalla Corte d'Aix col Decreto del 16 agosto 1811 già sopra citato, Decreto che al Grenier, come si disse, sembrò soverchiamente duro. Ma il Duranton, mentre loda questo Decreto, perchè il debito di cui si trattava non era scaduto, trova anche giusto un altro Decreto della Corte di Riom del 25 maggio 1816, col quale fu accordato ad un creditore, a cui era stata costituita dal debitore che non possedeva beni una ipoteca generale, il diritto di pretendere dopo la scadenza del debito una ipoteca speciale sopra i beni poscia acquistati dallo stesso debitore. Il Duranton parlando di questo Decreto della Corte di Riom e confrontandolo coll'altro della Corte d'Aix si esprime in questi termini: « Cet Arrêt nous paraît bien rendu, ainsi que le précédent. L'échéance du terme au moment où agit le créancier justifie suffisamment la différence des décisions (3). » Io che fo plauso al Decreto della Corte d'Aix non posso approvare quello della Corte di Riom, e mi reca assai sorpresa che il Duranton possa trovar giuste amendue le decisioni. O si tratti di debito scaduto o no, o il debitore possedesse beni all'epoca della formazione del debito, o li acquistasse dopo, nulla rileva alla decisione della questione, la quale è tutta unicamente sul punto, se da una ipoteca convenzionale generale riprovata dalla legge possa nascere il diritto nel creditore di pretenderne una speciale. L'ipoteca convenzionale generale o è valida o nulla. Se è nulla, come ammette lo stesso Duranton, sarà tanto

(1) Art. 2129, n. 515.
(2) N. 364.
(3) N. 365.

nulla prima come dopo la scadenza del debito. E se prima della scadenza del debito non può dar diritto al creditore di pretendere una ipoteca speciale, non so come possa attribuirgli questo diritto dopo la scadenza, quasi che la semplice scadenza del debito possa infondere all'ipoteca nullamente costituita una virtù che prima le mancava. Scaduto il debito, il creditore, a cui fu costituita una ipoteca convenzionale generale, ha il solo diritto che hanno i creditori chirografarj, quello cioè di costringere nei modi legali il debitore al pagamento.

738. Il Persil dopo avere trattata la questione, di cui abbiamo parlato nell'antecedente numero, soggiugne che se nello stesso atto il debitore avrà costituita una ipoteca generale ed una speciale, quest'ultima sarà valida non ostante la nullità dell'ipoteca generale. Di questa sentenza verissima niuno può muover dubbio, la quale dipende dal principio insegnato dal Vinnio: « Non totum actum in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse, nisi et in totum contra legem factum sit; alias non nisi quatenus in legem peccatur (1). » L'ipoteca generale e la speciale, sebbene costituite nello stesso atto, sono due distinte e diverse ipoteche. La nullità dunque della prima non può viziare in alcuna maniera la seconda, quando questa sia costituita nei modi voluti dalla legge.

739. L'articolo 2129 non si è contentato di stabilire in termini generali che la ipoteca convenzionale deve essere speciale; ma ha altresì determinate le basi, su cui devè essere fondata questa specialità, prescrivendo doversi dichiarare specialmente nell'atto costitutivo dell'ipoteca *la natura e la situazione* di ciascuno degl'immobili ipotecati. Non basterebbe pertanto dichiarare la sola natura o la sola situazione dell'immobile ipotecato, perchè comanda la legge chiaramente ed in termini assoluti che sia dichiarata *la natura e la situazione* di ciascuno degl'immobili sottoposti all'ipoteca (2). La disposizione dell'articolo 2129 è in armonia con quella dell'articolo 2148 n° 5°, dove è detto che le due note presentate dal creditore al Conservatore delle Ipoteche per l'inscrizione dell'ipoteca convenzionale devono contenere l'indicazione della qualità e situazione de'beni sui quali egli intende di conservare la sua ipoteca. Quanto alla natura dell'immobile ipotecato, l'atto

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 1.
(2) Persil, art. 2129, n. 1. Duranton, n. 369.

costitutivo dell' ipoteca dovrà dichiarare, se è una casa destinata all' abitazione, o una bottega, o un granajo, o un fondo rustico, o un semplice oliveto, o una vigna, o un bosco ec. E quanto alla situazione, dovrà con sufficienti indicazioni dichiarare il luogo ove l' immobile ipotecato trovasi posto. Questi due elementi, cioè la natura e la situazione degli immobili ipotecati, che danno all' ipoteca il carattere della specialità, li troviamo indicati anche nella L. 6, D. *De rei vindicat.*, come necessarj a determinare individualmente l' immobile che il padrone vuole rivendicare dalle mani di un terzo possessore: « Item fundum petiturus, nomen ejus et quo loci sit, dicere debebit. »

Il Troplong critica come eccessivamente rigorosa la disposizione dell' articolo 2129, la quale vuole che sia sempre dichiarata la natura e la situazione degl' immobili ipotecati. Egli dice che quando il debitore ipoteca tutti i suoi beni presenti, non dovrebbe essere necessario dichiarare la loro natura e situazione: « Lorsqu'un individu hypothèque ses biens présens, n'est-ce pas une formalité surabondante que de le contraindre à préciser en quoi consistent ces biens, et où ils sont situés (1)? » Mi pare che la critica del Troplong sia ingiusta. O si vuole che la ipoteca convenzionale sia speciale, o no. Se deve essere speciale, è dunque necessario che in qualunque caso ed anche quando il debitore ipoteca tutti gl' immobili presenti, sia indicata la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati. Quando i Compilatori del Codice Napoleone avessero adottato il sistema vagheggiato dal Troplong, l' ipoteca costituita su tutti i beni presenti sarebbe stata una vera ipoteca generale, dalla quale solo sarebbero stati esclusi i beni futuri, e così il benefizio della specialità sarebbe stato illusorio. D' altra parte, era anche giusto e conveniente che il legislatore adottasse un sistema uniforme per tutte le ipoteche convenzionali sia che fossero costituite sopra alcuni fondi del debitore o sopra tutti i presenti.

Il Troplong non si limita a criticare la disposizione dell' articolo 2129, ma vuole anche che sia interpretata largamente e che si abbia nei casi pratici unicamente riguardo allo scopo ch' ebbe in mira il legislatore senza badare al modo, onde la specialità del fondo ipotecato viene determinata. È questo un punto di non piccola importanza, e i Giureconsulti sono divisi in due scuole

(1) Art. 2129, n. 514.

che si possono chiamare scuola antica e scuola moderna. La prima voleva che l'interpretazione dell'articolo 2129 fosse fatta con rigore, e che l'indicazione della natura e situazione di ciascuno degli immobili ipotecati fosse una condizione essenziale alla validità dell'ipoteca. La scuola moderna ha adottato un opposto sistema, e vuole che l'interpretazione sia fatta senza rigore e senza scrupolo, e che nei casi pratici debba l'ipoteca aversi per valida quando la specialità del fondo o dei fondi è determinata e assicurata in qualunque modo. Il Troplong appartiene alla scuola moderna, e dà la seguente norma per la retta interpretazione del detto articolo 2129: « A notre avis il ne faut pas apporter un esprit trop minutieux dans l'exigence de ces conditions (cioè le condizioni richieste dall'articolo 2129 della natura e situazione di ciascuno degl'immobili ipotecati). Il suffit que les parties aient employé telle ou telle désignation, qui ne laisse pas de doute sur l'identité de l'immeuble (1). » La Corte di Cassazione si è mostrata un tempo nelle sue Decisioni seguace dell'antica scuola, interpretando rigorosamente la disposizione dell'articolo 2129; ma poscia rimettendo del primo rigore ha fatto eco alla scuola moderna, e l'esempio della Corte di Cassazione è stato imitato dalle Corti e Tribunali di Francia inferiori (2). Io mi dichiaro sino ad un certo punto partigiano della vecchia scuola, e credo che alla interpretazione larga adottata dalla nuova scuola si opponga assolutamente la chiarissima disposizione dell'articolo 2129. Imperocchè quest'articolo non si è limitato a stabilire in termini vaghi e generali che la ipoteca convenzionale deve essere speciale, ossia costituita sopra determinati fondi individualmente indicati; ma ha fissato anche gli elementi di questa specialità, e questi elementi, come dice il Duranton, sono appunto la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati: « La spécialité se compose de deux éléments: 1° de l'indication de la nature de l'immeuble ou des immeubles, et 2° de l'indication de leur situation (3). » Se questi due elementi non sono espressi e dichiarati nell'atto costitutivo dell'ipoteca, questa è inevitabilmente nulla, perchè l'articolo 2129 dispone

(1) Art. 2129, n. 536 bis.
(2) Grenier, Tomo 1, n. 71.
(3) N. 369.

in termini assoluti che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale dichiara *specialmente la natura e la situazione* di ciascuno degli immobili dal debitore ipotecati. La disposizione dell' articolo 2129 non potrebbe essere più chiara e più assoluta. Le forme degli atti sono d' ordine pubblico, e quando queste non sono rispettate, l' atto è nullo, qualunque sia stato lo scopo del legislatore. Nella costituzione dell' ipoteca bisogna distinguere gli elementi essenziali della specialità dal modo di attuare tali elementi. La natura e la situazione degli immobili sono per la disposizione dell' articolo 2129 gli elementi essenziali della specialità, e perciò la dichiarazione della natura e della situazione è assolutamente necessaria, affinchè la ipoteca sia valida. Ma la legge nulla dispone intorno al modo di far conoscere la natura e la situazione degli immobili che all' ipoteca vengono assoggettati. È quindi su questo campo dove il prudente arbitrio dei Tribunali dovrà nei casi pratici decidere, se le indicazioni, che si trovano nell' atto costitutivo dell' ipoteca, sono o no sufficienti a determinare la natura e la situazione degli immobili ipotecati. Ma se non sarà stata dichiarata la natura, i Tribunali non potranno giudicar valida l' ipoteca, quand' anche si trovi nell' atto la dichiarazione della situazione; e viceversa dovranno giudicar nulla l' ipoteca, se sarà stata semplicemente dichiarata la natura senza la indicazione della situazione. Il Troplong riporta un Decreto della Corte di Cassazione di Parigi del 10 febbraio 1829, col quale fu dichiarata valida una ipoteca costituita *sur tous les biens situés dans la Commune de Saint-Sardis, Département de Lot-et-Garonne.* A me pare che la Corte di Cassazione, che che ne pensi il Troplong, con questa Decisione abbia non interpretata, ma violata la legge. Imperocchè nel caso che venne deciso dalla Corte di Cassazione, mentre era con tutta precisione ed esattezza dichiarata la situazione degli immobili ipotecati, della loro natura non è pur fatta menzione. Non basta l' indicazione della situazione, ma è altresì necessaria quella della natura; perchè l' articolo 2129 dispone che non vi è ipoteca convenzionale valida, fuorchè quella la quale dichiara specialmente la natura e la situazione degli immobili ipotecati. Non mi persuade l'osservazione che fa il Troplong sulla disposizione dell' articolo 2129: « Comme notre article ne me paraît prononcer aucune nullité d'ordre public, je persiste dans

le parti le plus humain (1). » Quando la legge stabilisce che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati, con questa disposizione ha già colpito di nullità qualunque ipoteca costituita senza le prescritte dichiarazioni. Sia pur grande l'autorità della Corte di Cassazione di Parigi; ma le alte Magistrature non hanno il potere di ribellarsi alla legge; e mi giova qui ripetere la sentenza del Troplong: « Quand la loi est formelle, il faut y obéir (2). » Se alcuno mi rimprovera, perchè non piego la fronte a un Decreto della Corte di Cassazione di Francia, chiamerò a difesa il Troplong, il quale in una questione nella quale non si trova d'accordo colla Corte di Cassazione non si rimane dal dire: « Je pense qu'il serait digne de la haute mission de la Cour de Cassation de tenir la main avec plus de fermeté au maintien des véritables principes du Droit (3). » Io non criticherò la Corte di Cassazione per avere sul punto, di cui ora si discorre, cambiato opinione ritrattando i principj da essa stabiliti con più vecchie Decisioni. Non voglio tirarmi addosso il giusto rimprovero che fa il Grenier contro una critica fatta per tale motivo: « Il n'y aurait qu'une critique injuste qui pût faire remarquer avec aigreur un changement d'opinion. En législation, en jurisprudence, comme dans tout ce qui est l'objet des opérations de l'esprit, ce qui est vrai ne se découvre pas au premier aspect; et la découverte de la vérité est presque toujours le fruit du temps et des réflexions qui se succèdent (4). » Questo cambiamento però di opinione proverà almeno che i Decreti della Corte di Cassazione non sono oracoli immutabili e infallibili. Qualunque sia dunque l'opinione del Grenier, del Troplong e dei loro seguaci, qualunque siano le Decisioni ultime della Corte di Cassazione di Francia, onde è sorta quella nuova giurisprudenza tanto lodata dai citati Interpreti, io m'attengo all'antica scuola, e penso per le ragioni già dette che l'indicazione della natura e della situazione di ciascuno degli immobili ipotecati sia una condizione indispensabile alla validità della ipoteca convenzionale. Questa è anche l'opinione del Persil, il quale dice che l'ar-

(1) Art. 2129, n. 536 bis.
(2) Art. 2111, n. 327 bis.
(3) Art. 2125, n. 468 bis.
(4) Tomo 1, n. 208.

ticolo 2129 esige l' una e l' altra indicazione: « Notre article exige l'un et l'autre (1). » Ma non potrei però convenire col Persil allorchè dice che, quando un debitore ipoteca tutti i suoi beni immobili posti in un Comune, basta, quanto alla natura, dichiarare in termini vaghi e generali che consistono in case, campi, vigne ec.: « Lorsqu'on veut grever tous les biens qu'on possède dans une Commune, il n'est pas nécessaire de faire une désignation particulière de chaque objet; il suffit qu'on dise, d'une manière vague et générale, qu'ils consistent en maison, champs, vignes, etc. (2). » A questa sentenza del Persil non si oppone evidentemente la disposizione dell' articolo 2129, il quale vuole che l' atto costitutivo della ipoteca dichiari specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili che il debitore assoggetta all' ipoteca? Se di ciascuno degli immobili ipotecati deve essere indicata la natura e la situazione, come può stare che bastar possa la indicazione vaga e generale di cui nell' accennato caso si contenta il Persil?

Con quali indicazioni adunque dovrà essere dichiarata la natura e la situazione degl' immobili ipotecati? Su ciò, come ho già avvertito sopra, la legge non ha fissata alcuna regola, e si è rimessa interamente al prudente arbitrio dei Magistrati, a cui spetta il giudicare nei casi pratici che possono aver luogo, se la natura e la situazione degli immobili ipotecati, le quali sono i due elementi legali della specialità, furono nel rogito di costituzione dell' ipoteca bastantemente e in modo non equivoco determinate. È questa una questione di fatto che non può decidersi teoricamente, come quella che dalla legge è rimessa alla saviezza, prudenza ed equità dei Tribunali (3). E su questo punto convengo colla scuola moderna, che i Magistrati debbano usare dell' arbitrio loro lasciato dalla legge senza alcun rigore, e avere unicamente riguardo allo scopo a cui mirò il legislatore. O le indicazioni che trovansi nel rogito costitutivo dell' ipoteca sono sufficienti a determinare la natura e la situazione degli immobili ipotecati, e allora l' ipoteca sarà valida, qualunque siano queste indicazioni. O non sono sufficienti, e in questo caso la ipoteca sarà nulla, perchè in forza della disposi-

(1) Art. 2129, n. 4.
(2) Art. 2129, n. 5.
(3) Persil, art. 2129, n. 6.

zione dell'articolo 2129 non può esser valida una ipoteca convenzionale, nella costituzione della quale non sono dichiarate la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati.

740. Se nell'atto costitutivo dell'ipoteca non fu dichiarata o la natura o la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati, il creditore potrà supplire all'omissione nelle note dell'inscrizione? Mi par facile la risposta. Non bisogna confondere l'ipoteca colla inscrizione. La ipoteca è tutta in sè stessa, e la inscrizione non è parte della ipoteca. È necessario ben fissare questa idea, perchè molti erroneamente credono che secondo il Codice Napoleone la inscrizione sia un elemento costitutivo della ipoteca. E per non parlare che della ipoteca convenzionale, di cui ora ci occupiamo, quali sono i veri elementi che la creano e le danno l'essere? Due sono gli elementi, e, dirò così, i generatori dell'ipoteca. La volontà dei contraenti e la forma estrinseca del contratto. Di ciò non lascia alcun dubbio la disposizione dell'articolo 2117. La ipoteca è secondo il Codice Napoleone quello che era secondo il Diritto Romano colla sola differenza che per Diritto Romano uno solo era l'elemento generatore della ipoteca convenzionale, cioè la volontà dei contraenti; mentre il Codice Napoleone a quest'antico elemento ne ha aggiunto un nuovo, cioè la forma estrinseca del contratto, la quale è determinata nell'articolo 2127. Per Gius Romano la ipoteca convenzionale poteva essere speciale o generale. Il Codice Napoleone la vuol sempre speciale, e questa specialità è perciò un modo di essere talmente essenziale alla ipoteca convenzionale, che questa non può aver vita neppure un istante se non è accompagnata da questa qualità che le è necessaria ed inseparabile. Cosa è al contrario la inscrizione? È questa una formalità estrinseca destinata a render pubblica la ipoteca validamente costituita. La inscrizione prende, dirò così, l'ipoteca tal quale fu creata dalla volontà delle parti, e la mostra al pubblico. Ciò è sì vero, che, mentre l'ipoteca viene costituita dal debitore che ha la capacità di alienare l'immobile ipotecato, l'inscrizione al contrario si accende dal creditore indipendentemente dalla volontà e dall'assenso del debitore che la costituì. Questa inscrizione è certamente una formalità necessaria, senza l'adempimento della quale la vita dell'ipoteca è totalmente inoperosa ed inerte e non può produrre alcun effetto in faccia ai terzi; ma come essa

non crea l'ipoteca, così non può sanare i vizj onde è infetto l'atto, dal quale l'ipoteca stessa trasse vita ed origine. Queste semplicissime osservazioni bastano, a parer mio, a persuadere che la omissione o gli errori sulla natura e situazione degli immobili, onde è viziato l'atto costitutivo della ipoteca, non possono essere in alcun modo riparati o emendati nelle note d'inscrizione (1). Cosa infatti fa il creditore colla inscrizione? Rende pubblico un contratto già consumato tra lui e il suo debitore. La costituzione dell'ipoteca è dunque un fatto compiuto, quando il creditore la inscrive. Come dunque potrebbe il creditore sanare esso coll'inscrizione i vizj dell'ipoteca che gli fu nullamente costituita? D'altra parte, se colla inscrizione potesse il creditore purgare i vizj onde è infetto l'atto costitutivo dell'ipoteca, sarebbe illusoria la disposizione dell'articolo 2129, il quale stabilisce che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella, la quale nell'atto autentico costitutivo del credito o in un atto autentico posteriore dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili ipotecati.

741. Dispone l'articolo 2129 che l'atto costitutivo dell'ipoteca deve dichiarare specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili *attualmente appartenenti al debitore*, i quali egli assoggetta all'ipoteca. Le parole *attualmente appartenenti* sono una conferma del principio stabilito sotto l'artic. 2124, che l'ipotecante deve avere il dominio della cosa ipotecata, e che per conseguenza non si può ipotecare la cosa altrui. E quand'anche alla parola *appartenenti* non voglia attribuirsi un senso soverchiamente rigoroso, e si ritenga che i Compilatori del Codice Napoleone l'usarono nel significato che dà Pomponio al vocabolo *pertinere* nella L. 181, D. *De verb. signif.*; ad ogni modo con questa disposizione mal s'accorda quella dell'articolo 2125, il quale autorizza le ipoteche costituite da coloro che hanno sull'immobile ipotecato un diritto sospeso da una condizione. Non è mia intenzione volgere di nuovo l'attenzione sulla disposizione dell'articolo 2125, del quale ho già discorso; ma ho voluto notare a maggiore conferma delle già fatte osservazioni l'evidente disaccordo di questa disposizione, che dà il diritto d'ipotecare a coloro che hanno sull'immobile ipotecato un diritto sospeso da una condizione, con quella dell'articolo 2129, secondo il quale

(1) Persil, art. 2129, n. 7 e 12; Duranton, n. 370.

l'atto costitutivo della ipoteca deve dichiarare specialmente la natura e la situazione degli immobili *attualmente appartenenti al debitore.*

742. Può darsi che chi ipotecò la cosa che non gli apparteneva ne divenga dopo proprietario. In questo caso l'ipoteca, che non poteva esser valida essendo stata costituita sulla cosa altrui, si conferma? Questo caso è contemplato e deciso nella L. 5, C. *Si aliena res pignori:* « Cum res, quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipit: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur. » Questa Legge non conferma propriamente l'ipoteca nullamente costituita, ma per equità accorda al creditore l'azione utile. Il Brunnemanno però commentando questa Legge osserva che l'azione utile non è accordata in tutti i casi al creditore a cui fu costituita l'ipoteca sulla cosa altrui, ma al solo creditore di buona fede, cioè a quello che accettò l'ipoteca credendo che la cosa ipotecata appartenesse al debitore: « Si res aliena a te mihi oppignorata, postea fiat tua, reconvalescit hypotheca, non de Juris rigore, sed de æquitate, modo creditor bona fide pignus hoc acceperit, ignorans rem esse alienam, et dominium ipsi debitori superveniat. » Anche il Pothier (1) insegna in termini assoluti che l'azione utile ipotecaria nel caso di cui ora si discorre, è accordata soltanto al creditore che fu ingannato. Questa interpretazione trova un appoggio nella L. 1, D. *De pignor. et hyp.*, la quale distinguendo tra il creditore di buona fede e quello di mala fede accorda al primo l'azione utile, al secondo il solo gius di ritenzione nel caso che egli si trovi in possesso della cosa datagli nullamente in pegno: « In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio. » Non vuolsi però tacere che non sono d'accordo gl'Interpreti sul significato da attribuirsi al vocabolo *difficilius* che leggesi nella citata Legge. Di questa discrepanza di opinioni sulla parola *difficilius* fa parola il Brunnemanno commentando la stessa Legge, il quale ne dà una spiegazione che a me sembra la più naturale e la più

(1) Ad Pand., lib. 20, tit. 1, n. 19.

giusta: « Sed si res aliena scienti creditori oppignoretur, nullam habet actionem, licet debitor dominium ejus adquirat, ut ita comparativus *difficilius* pro positivo ponatur, sed hoc casu solam habet retentionem contra debitorem jam dominum factum, donec solvatur, licet alii malint *difficilius* comparative intelligere, quod non detur persecutio, nisi contra debitorem, et qui ab eo causam habent. » Il Voet spiega diversamente la parola *difficilius*, e dice che le cose che più difficilmente si concedono in confronto di altre che più facilmente si accordano, non sono però negate, e quindi pensa che non solo al creditore di buona fede, ma anche a quello di mala fede la citata L. 1, D. *De pignor. et hypothecis*, accorda l'azione utile: « Etsi difficilius creditori, qui non ignorabat alienam, utilis actio detur secundum Papinianum, sed facilior possidenti retentio sit, tamen et ea, quæ *difficilius* ac vix dantur, conceduntur, permittuntur, adhuc dari ac permitti patet.... Errant sane qui *difficilius* in d. L. 1, D. *De pignoribus*, interpretantur per *non*, seu *nullo modo* (1). » Trattandosi di una azione utile che a rigore non competerebbe, concessa per equità, la spiegazione che dà il sommo Voet della parola *difficilius* mi pare più sottile che giusta. Al contrario non è naturalissima la spiegazione del Brunnemanno? L'ipoteca costituita sulla cosa altrui è nulla; nessuna azione adunque competere può al creditore quand'anche il debitore sia diventato dopo proprietario della cosa ipotecata, perchè l'acquisto accidentale e posteriore che fa il debitore della proprietà non può sanare il vizio d'origine della costituita ipoteca. Il creditore che in mala fede accettò l'ipoteca sulla cosa altrui, non ha diritto d'invocare l'equità, la quale non viene mai in soccorso della mala fede, ed ecco il perchè gli viene negata l'azione utile ipotecaria concessa al creditore di buona fede. Ma se trovasi in possesso della cosa datagli in pegno, allora, non ostante la mala fede, gli viene accordato il gius di ritenzione come quello che si fonda nel materiale possesso della cosa. Per combattere la spiegazione del Voet giova, a parer mio, la disposizione della L. 16, § 1, D. *De pignorat. actione*, la quale parla dell'azione pignoratizia *contraria* che nel contratto reale di pegno compete al creditore contro il debitore: « Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam.... dedit, tenebitur.... Sed si sciens creditor accipiat vel

(1) Lib. 20, tit. 3, n. 4.

alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit. » Questa Legge, supposto il caso che il debitore dia in pegno al creditore una cosa altrui, dichiara che allo stesso creditore compete l'azione contraria sì veramente che egli abbia ricevuto il pegno in buona fede, credendo che della cosa a lui consegnata fosse proprietario il debitore pignorante. So bene che questa Legge tratta dell' azione pignoratizia contraria che è un' azione personale, laddove la L. 1, D. *De pignoribus,* contempla l' azione reale ipotecaria, e che tra l' una e l' altra azione passa una immensa differenza. Ma ad ogni modo la citata L. 16, D. *De pignorat. actione,* serve a far conoscere che le Leggi Romane, quando si tratta di pegno dal debitore costituito sulla cosa altrui, distinguono sempre tra il creditore di buona fede e quello di mala fede, e che assistono al primo col rimedio delle azioni, non mai al secondo. Perciò anche questa Legge, se non direttamente, almeno indirettamente mostra come alla spiegazione del Voet debba preferirsi quella del Brunnemanno. Riepilogando dunque diremo che secondo i principj delle Leggi Romane il pegno sulla cosa altrui è assolutamente nullo; che quando il debitore ipotecante dopo la costituita ipoteca acquista la proprietà della cosa, il pegno rimane confermato al solo effetto di dare al creditore il gius di ritenzione se egli trovasi in possesso della cosa ricevuta in pegno; che il creditore, a cui fu dato in pegno la cosa altrui, non ha alcun diritto di esercitare l' azione diretta ipotecaria, la quale non può nascere mai da un pegno nullamente costituito; e che per equità viene accordata al creditore l' azione utile ipotecaria quando egli accettò in pegno la cosa altrui in buona fede, credendo che il debitore ne fosse il vero e solo proprietario. Il Troplong s'attiene all'opinione del Voet, e sostiene che l' azione utile ipotecaria è dalle Leggi Romane accordata nel caso di cui teniamo discorso al creditore in faccia al debitore e a quelli che da lui ebbero causa, tanto se accettò il pegno in buona fede, quanto se l' accettò in mala fede: « Je crois avec M. Merlin que cette interprétation de Voët est la meilleure. Elle est fondée sur les véritables principes, et l'on ne conçoit pas comment la maxime, *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis,* pourrait être paralysée dans son application par la circonstance que le créancier savait lors de la constitution de l'hypothèque, que la chose n'appartenait pas au

débiteur (1). » Io seguace dell'opinione del Brunnemanno non posso ammettere che la interpretazione seguita dal Troplong sia fondata sui veri principj, mentre è anzi certo che i veri principj della Romana Giurisprudenza negano assolutamente e sempre al creditore, a cui fu costituita l'ipoteca sulla cosa altrui, l'azione ipotecaria diretta, non ostante che il debitore acquisti la proprietà della cosa ipotecata. Lo stesso Troplong confessa che l'azione concessa al creditore non è l'azione ipotecaria diretta, ma l'azione ipotecaria utile. Ora è forse conforme ai veri principj della Romana Giurisprudenza che con un rimedio equitativo si soccorra alla mala fede del creditore, che accettò scientemente l'ipoteca sulla cosa altrui? Quando si tratta del diritto di ritenzione, si capisce il perchè le Leggi Romane non badano alla buona o alla mala fede del creditore, fondandosi il diritto di ritenzione nel fatto del possesso. Ma quando invece si tratta dell'esercizio di una azione utile che secondo i principj del Diritto non potrebbe competere, non si può ammettere che questa spettar possa al creditore di mala fede, il quale non merita in vista appunto della sua mala fede di essere soccorso dalla legge con rimedj suggeriti dall'equità e accordati in via di eccezione contro le massime fondamentali del Diritto.

Esaminiamo ora lo stesso punto secondo i principj del Codice Napoleone. Gl'Interpreti del Diritto Francese non sono meno discordi di quelli del Diritto Romano, quando si tratta di decidere, se l'ipoteca costituita sulla cosa altrui rimanga o no confermata allora che l'ipotecante acquista il dominio della cosa ipotecata. Il Troplong, il quale, attenendosi all'interpretazione del Voet, come si è detto, pensa che per Gius Romano il creditore, a cui fu data in ipoteca la cosa altrui, ha l'azione utile ipotecaria, senza alcun riguardo alla sua buona o mala fede nell'accettare l'ipoteca, qualunque volta il debitore acquista la proprietà della cosa ipotecata, sostiene doversi tenere la stessa massima anche secondo i principj del Codice Napoleone, e si appoggia alla regola: — *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis* (2). Il Grenier (3) tiene la sentenza contraria, e sostiene che, qualunque siano le opinioni degli Interpreti del Diritto

(1) Art. 2129, n. 525.
(2) Art. 2129, n. 524, 525.
(3) Tomo 1, n. 51.

Romano, l'ipoteca costituita sulla cosa altrui, che è radicalmente nulla, non può in alcuna maniera secondo i principj del Codice Napoleone rimanere confermata per l'acquisto che fa il debitore della proprietà della cosa ipotecata. Torna in conferma della massima seguita dal Grenier un Decreto della Corte di Bruxelles dell'11 giugno 1817, citato e criticato dal Troplong (1). Io alla opinione del Grenier pienamente aderisco. Il Gius Romano, come si è già detto, nel caso d'ipoteca costituita su una cosa altrui, di cui il debitore acquistava dopo la proprietà, non accordava mai al creditore l'azione ipotecaria diretta, ma semplicemente l'azione utile. Da ciò si può con tutta ragione dedurre che l'acquisto che faceva il debitore della proprietà non poteva aver forza di convalidare una ipoteca nulla dalla sua origine. Se realmente, dopo che il debitore divenne proprietario della cosa ipotecata, l'ipoteca fosse rimasta convalidata, e avesse acquistata una piena efficacia, non sarebbe allora stato necessario ricorrere al ripiego di un'azione utile, perchè il creditore avrebbe avuto diritto di esercitare l'azione ipotecaria diretta derivante da qualunque ipoteca valida ed efficace. Quand'anche si conceda al Troplong che il Gius Romano accorda l'azione utile ipotecaria non solo al creditore che accettò in ipoteca la cosa altrui in buona fede, ma anche a quello che l'accettò in mala fede sapendo che non apparteneva al debitore, è però sempre vero che l'azione concessa al creditore nel caso che il debitore acquisti la proprietà della cosa ipotecata è una semplice azione utile, e che l'azione diretta gli è sempre negata. Ora il Codice Napoleone non ammette la distinzione delle azioni dirette ed utili, e secondo i suoi principj tutte le azioni che possono efficacemente esercitarsi, o siano personali, o siano reali, sono dirette. Se dunque per Gius Romano l'azione diretta ipotecaria non poteva mai competere al creditore di buona fede, verificandosi anche il caso che la proprietà del fondo ipotecato venisse dopo la costituita ipoteca acquistata dal debitore, non so quale azione gli potrebbe competere secondo i principj del Codice Napoleone, al quale è ignoto il ripiego delle azioni utili. D'altra parte l'ipoteca costituita sulla cosa altrui essendo assolutamente nulla, non può mai avere in faccia ai terzi una legale esistenza. Come dunque un fatto posteriore e alla medesima estraneo, il fatto cioè dell'acqui-

(1) Art. 2129, n. 524 bis.

sto che fa il debitore della proprietà del fondo ipotecato, potrebbe darle vita ed efficacia? Se si vuole che un tale acquisto sani la nullità dell' ipoteca costituita dal debitore sulla cosa altrui, bisogna assolutamente ricorrere ad una finzione, supporre cioè che il debitore fosse proprietario della cosa ipotecata al momento della costituita ipoteca. Senza una tale finzione, colla quale si darebbe un effetto retroattivo all' acquisto fatto dal debitore, non si può in alcun modo sostenere come valida l' ipoteca, costituita in origine sulla cosa altrui, non potendo mai aversi per valida un' ipoteca costituita su cosa che non appartiene al debitore. E la legge potrebbe autorizzare questa finzione contro la verità del fatto in pregiudizio dei terzi, che hanno interesse di opporre la nullità di una ipoteca che venne dal debitore imposta su cosa che non gli apparteneva? Si difendano e si proteggano a tutto potere i creditori che hanno una ipoteca valida e regolare, e si abbandoni una volta quel genere d' interpretazione lasso ed arbitrario che non è più compatibile col nuovo Sistema Ipotecario. Non bisogna dimenticare che la ipoteca è un diritto che di sua natura mette i creditori dello stesso debitore in guerra tra loro; e che lo stato di guerra non comporta gli equi e blandi temperamenti della conciliazione e della pace. Quando si tratta d' ipoteche, tutto deve essere pesato con rigorosa bilancia dalla Dea Giustizia, alla quale solo, e non ad altra Divinità, spetta il diritto d' inghirlandare il capo del vincitore della corona d' alloro. Nei casi dubbj il Giureconsulto deve aver sempre per guida il precetto dato dal Duranton: « En matière d'hypothèque, tout est de droit étroit, parce que chaque créancier combat pour éviter de perdre (1). » Io direi anzi che ciascun creditore che non ha la prima ipoteca combatte per cacciare dal posto il suo avversario. La pubblicità, che è il carattere che distingue il nuovo dall' antico Sistema Ipotecario, sarebbe una formalità vana ed illusoria, quando non avesse per base la proprietà certa del debitore che costituisce l' ipoteca. È perciò una disposizione della più alta importanza quella dell' articolo 2129, la quale stabilisce in termini generali ed assoluti, che non vi è ipoteca convenzionale valida fuori che quella, la quale dichiara specialmente la natura e la situazione degli immobili *attualmente appartenenti al debitore*. Mi piace di riportare le seguenti parole del Grenier, che dovrebbero esser

(1) N. 312.

sempre di guida nella interpretazione dei casi dubbj nella materia delle ipoteche: « Sous cette législation il y a deux points essentiels qu'il ne faut jamais perdre de vue: l'un est la stabilité de l'hypothèque, l'autre est son efficacité. Sa stabilité, c'est la certitude de la propriété sur la tête de celui qui donne hypothèque, au moment où il la donne. Son efficacité, c'est sa publicité par l'inscription. On doit donc tenir fermement à la disposition de l'article 2129 du Code Civil, d'après laquelle il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable, que celle qui porte avec spécialité sur des immeubles actuellement appartenant au débiteur (1). » Del resto la pratica applicazione della dottrina del Troplong sul punto, di cui ora si discorre, dà luogo a non piccole anomalie nei giudizj di graduatoria. Mi servirò dell'esempio che reca lo stesso Troplong. Tizio ipoteca a Mevio il fondo Corneliano che appartiene a Servio. Qualche tempo dopo Servio, vero ed unico proprietario del fondo Corneliano, ipoteca il suo fondo a Sempronio, e un anno dopo vende lo stesso fondo a Tizio. Tizio divenuto proprietario del fondo Corneliano lo dà in ipoteca a diversi suoi creditori. Secondo l'opinione del Troplong l'ipoteca data da Tizio a Mevio rimane confermata non solo in faccia allo stesso Tizio, ma altresì in faccia a tutti i creditori di Tizio come quelli che hanno causa dallo stesso Tizio, e rimane appunto confermata, perchè Tizio è divenuto proprietario del fondo Corneliano. Ma lo stesso Troplong però conviene che una tale ipoteca non può rimanere confermata in faccia e in pregiudizio dell'ipoteca di Sempronio per la ragione che Sempronio ha causa non da Tizio, ma dal vero proprietario Servio. Se pertanto si aprirà un giudizio di espropriazione del fondo Corneliano in odio di Tizio, qual grado avrà Mevio nella graduatoria secondo il sistema di Troplong? Mevio avrà un grado dalla data della sua inscrizione in faccia ai creditori di Tizio debitor comune; ma la sua ipoteca, comecchè anteriore di data a quella di Sempronio, si dovrà ritenere come non graduata in faccia all'ipoteca del detto Sempronio. Ecco dunque nella stessa graduatoria una ipoteca avente grado ed efficacia in faccia ad alcuni creditori graduati, e ritenuta nulla e come non graduata in faccia ad altri. Non è questo un sistema bizzarro? E perchè il Troplong ritiene nulla in faccia a Sempronio l'ipoteca di Mevio? La ritiene nulla, perchè fu co-

(1) Tomo 1, n. 51.

stituita da chi non era proprietario del fondo ipotecato: « Sempronius sera fondé à dire que l'hypothèque de Mævius est nulle à son égard, comme constituée à *non domino;* c'est alors qu'il pourra invoquer le principe que, pour donner une hypothèque spéciale valable, il faut être propriétaire de la chose (1). » Ma se Sempronio ha diritto di opporre a Mevio la nullità della ipoteca invocando il principio che per dare una ipoteca speciale valida è mestieri avere la proprietà del fondo ipotecato, perchè non potranno invocando lo stesso principio opporre la stessa nullità i creditori di Tizio o chirografarj o aventi ipoteche posteriori di data a quella di Mevio? Mi risponde il Troplong che Sempronio può opporre la nullità dell'ipoteca di Mevio, perchè esso non ha causa da Tizio, ma da Servio che era il vero proprietario del fondo Corneliano. Questa ragione non mi pare di gran peso, sì perchè il principio invocato da Sempronio è generale ed assoluto; sì perchè tutti i creditori del comun debitore, e persino i creditori chirografarj hanno diritto di opporre la nullità delle ipoteche da cui possono essere primeggiati senza bisogno di valersi delle azioni del loro debitore, essendo i creditori del comun debitore i legittimi contraddittori delle ipoteche, come quelle che sono di loro natura esercibili in faccia ai creditori dello stesso comun debitore. A Sempronio, la cui prelazione fosse contrastata da Mevio creditore anteriore, il Troplong mette in bocca la seguente risposta: « Si on lui oppose qu'il a dû connaître l'inscription de Mævius, lorsqu'il a contracté, il répondra qu'il a été fondé a considérer comme un titre vain et inutile, une inscription prise par un individu non créancier du propriétaire, en vertu d'une hypothèque consentie par un individu non propriétaire de la chose. » Questa risposta è giustissima, ed è tale perchè suppone sempre il principio che la ipoteca costituita sulla cosa altrui è essenzialmente nulla. Ma se Sempronio può dare questa risposta, non so perchè non potrà darsi anche dai creditori di Tizio posteriori a Mevio. È verissimo che essi hanno avuto causa da Tizio, ma è anche vero che essi possono dire con tutta ragione che non potevano essere spaventati e trattenuti dalla ipoteca nulla di Mevio, costituita da Tizio in un tempo in cui non era proprietario del fondo Corneliano, e non aveva quindi la facoltà d'ipotecarlo. L'esempio arrecato mostra le anomalie

(1) Art. 2129, n. 526.

a cui dà luogo nei casi pratici la dottrina del Troplong. Col mio sistema queste anomalie scompariscono, e nei giudizj di graduatoria i gradi sono assegnati ai soli creditori che hanno una ipoteca valida ed efficace in faccia a tutti gli altri graduati. Così nel caso già supposto che mi ha fornito il Troplong, all'ipoteca nulla di Mevio non verrebbe assegnato alcun grado, e nella graduatoria potrebbero prender posto secondo l'ordine delle rispettive date le sole ipoteche valide di Sempronio, avente causa dal proprietario Servio, e dei creditori di Tizio, ai quali furono dallo stesso Tizio costituite dopo che egli ebbe acquistata la proprietà del fondo Corneliano.

743. Finora abbiamo parlato del caso che il debitore che ipotecò il fondo altrui diviene dopo la costituita ipoteca padrone del fondo da lui ipotecato. Si può anche verificare il caso che il proprietario del fondo nullamente ipotecato da un terzo divenga erede dell'ipotecante. Quale sarà la sorte dell'ipoteca in questo secondo caso? Due Leggi del Digesto sono state su questo punto il martello degli Interpreti del Diritto Romano. Una, di Paolo, si è la L. 41, D. *De pignorat. act.*, la quale nega al creditore l'azione utile ipotecaria: « Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cepisti; datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligavit sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. » L'altra, di Modestino, è la L. 22, D. *De pignoribus*, dalla quale pare potersi dedurre che compete al creditore l'azione utile: « Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. » Lungo sarebbe a dire gli sforzi fatti dagli Interpreti per conciliare le due Leggi ora citate; ma il Brunnemanno crede essere probabile vi fosse su questo punto discrepanza di opinioni tra i Giureconsulti Romani: « Valde probabile est, fuisse inter Jurisconsultos hac de re dissidium (1). » Ma senza bisogno che noi ci ingolfiamo in questa disputa, è certo che Modestino con parole non equivoche dichiara che il pegno non rimane direttamente confermato, e si limita ad accordare al creditore l'azione utile. Anche su questo

(1) Ad Leg. 41, D. *De pignorat. act.*

punto il Troplong (1), ammesso il disaccordo tra i citati due testi, crede conciliabile colle disposizioni dell'attuale Sistema Ipotecario la massima di Modestino. Io non posso accettare l'opinione del Troplong per le stesse ragioni, per le quali credo non debba seguirsi l'opinione di lui nel caso in cui il debitore acquista la proprietà dell'immobile già prima nullamente ipotecato. Se anche secondo l'opinione di Modestino, quando il proprietario del fondo ipotecato diviene erede della persona che costituì l'ipoteca nulla, *pignus directo quidem non convalescit*, e solamente viene per equità accordata un'azione utile al creditore; come potrà sostenersi l'ipoteca a fronte dell'articolo 2129, il quale in termini assoluti dichiara non potervi essere ipoteca convenzionale valida, se non è dichiarata la natura e la situazione di ciascuno degli immobili appartenenti al debitore *attualmente*, ossia al momento della costituita ipoteca? Io tengo per fermo che la disposizione dell'articolo 2129 sia uno scoglio a cui rompono tutte le benigne interpretazioni ispirate dall'equità anzichè dai principj della vera giustizia, colle quali si vogliono sostenere a dispetto del legislatore e in pregiudizio della massa dei creditori del comun debitore ipoteche nullamente costituite da chi non era proprietario dell'immobile ipotecato.

744. Dice l'articolo 2129 che nell'atto costitutivo dell'ipoteca deve essere dichiarata la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore. L'ipotecante dovrà dunque essere necessariamente il debitore? La disposizione dell'articolo 2129 non deve essere intesa alla lettera. Essendo l'ipoteca l'accessorio di una obbligazione principale, un terzo può senza alcuna difficoltà ipotecare il fondo proprio per garanzia dell'obbligazione altrui (2). Le Leggi Romane ci offrono mille esempi di ipoteche costituite da un terzo a garanzia dell'obbligazione altrui, e fra le altre la L. 2, D. *Quæ res pignori*, la quale accorda a chi ipotecò il proprio fondo a garanzia della mallevadoria assunta da una donna la stessa eccezione competente al fidejussore di lei.

745. È fuori di dubbio che per Gius Romano è permessa l'ipoteca speciale su un fondo altrui sotto la condizione, se questo

(1) Art. 2129, n. 526.
(2) Persil, art. 2129, n. 8. Duranton, n. 368.

cadrà nel dominio dell' ipotecante. Il Troplong (1) pensa che una tale ipoteca è valida anche secondo i principj del Codice Napoleone. Io opino diversamente, e mi fondo nell' articolo 2129, il quale stabilisce non esser valida la ipoteca convenzionale se non è dichiarata la natura e la situazione dei beni *attualmente* appartenenti al debitore. Il Troplong s' appoggia anche all'articolo 2125, e dice che la condizione, *si debitoris facta fuerit*, è appunto sottintesa nel caso d' ipoteca costituita da quelli che non hanno sull' immobile che un diritto sospeso da una condizione. Sia pure che la condizione — *si debitoris facta fuerit* — sia sottintesa; ma per qual ragione l' articolo 2125 permette al debitore d'ipotecare validamente il fondo, su cui egli ha un diritto sospeso da una condizione? Permette l' ipoteca in vista del diritto che ha sul fondo il debitore, sebbene un tale diritto sia sospeso da una condizione. Si può dunque dall' articolo 2125 argomentare che chi non ha alcun diritto sul fondo altrui non può avere la facoltà d' ipotecarlo. Chi ipoteca un fondo sotto la condizione semplice, *se cadrà nel suo dominio*, non ha alcun diritto sul fondo neppure in potenza, e non può quindi avere la facoltà di costituire sopra il medesimo una ipoteca. Imperocchè secondo il Codice Napoleone sono tre sole le categorie delle persone che possono ipotecare gli immobili, cioè 1° quelli che ne hanno il dominio irrevocabile; 2° quelli che hanno un dominio risolubile, cioè soggetto ad essere rescisso; e 3° finalmente quelli che hanno un dominio sospeso da una condizione, p. e., un legatario, a cui fu lasciato dal testatore un fondo sotto condizione sospensiva. Il Codice Napoleone esclude assolutamente l' ipoteca costituita da quelli che non hanno sul fondo ipotecato alcun diritto. Io tengo quindi contro l'opinione del Troplong che l' ipoteca costituita sul fondo altrui sotto la condizione, *se cadrà nel dominio del debitore*, sia assolutamente nulla.

746. Sotto il n. 576 ho detto che non si può secondo i principj del Codice Napoleone ipotecare un gius d' ipoteca. E qui dalla disposizione dell' articolo 2129 si può con tutta certezza dedurre, che il creditore ipotecario neppure può ipotecare a favore di un suo creditore particolare il fondo su cui la sua ipoteca fu costituita. La ragione è evidente. L' articolo 2129 vuole che il fondo su cui viene imposta l' ipoteca appartenga attualmente al debitore. Ora

(1) Art. 2129, n. 528.

il creditore ipotecario non ha sul fondo ipotecato alcun gius di dominio, e di ciò non lascia alcun dubbio la L. 9, C. *De pignorat. actione:* « Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. » È dunque chiaro che il creditore ipotecario non potrà mai ipotecare il fondo a lui ipotecato a garanzia dei suoi creditori personali.

747. Per Gius Romano, come abbiamo già detto sopra, l'ipoteca convenzionale generale era permessa, ed abbracciava tanto i beni presenti, quanto i futuri. Il Codice Napoleone, che ad imitazione della Legge 11 brumaio ha saggiamente stabilito che la ipoteca convenzionale deve essere speciale, ha proscritta l'ipoteca convenzionale generale. Non è però nulla qualunque ipoteca convenzionale generale, ma quella sola che è incompatibile colla specialità, che è uno dei caratteri essenziali che non deve mai mancare all'ipoteca convenzionale. È quindi permessa l'ipoteca convenzionale generale che colpisce tutti i beni immobili presenti del debitore, ad esclusione dei futuri, a condizione però che di ciascuno dei beni presenti sia dichiarata nell'atto costitutivo dell'ipoteca la natura e la situazione, onde l'ipoteca convenzionale, comecchè generale, abbia sempre il carattere della specialità che le è essenziale. Quando l'ipoteca generale è limitata ai beni presenti, ed è informata del carattere della specialità mediante la dichiarazione fatta dal debitore della natura e situazione di ciascuno degli immobili che costituiscono l'attuale suo patrimonio, è valida ed efficace in faccia a chiunque. Suppongasi che tutti i beni immobili presenti del debitore siano situati sotto un solo Comune. In questo caso basterà che il debitore dichiari di ipotecare tutti i suoi beni posti sotto il Comune nominatamente indicato? Io non lo credo. Imperocchè l'articolo 2129, sebbene permetta l'ipoteca di tutti gl'immobili presenti del debitore, vuole però che ciascuno sia specialmente sottomesso all'ipoteca.

748. Volendo i Compilatori del Codice Napoleone che la ipoteca convenzionale fosse speciale, abolirono necessariamente la ipoteca sui beni futuri. Una ipoteca costituita sui beni futuri come avrebbe potuto essere speciale? La pubblicità domandava la specialità, onde i terzi potessero conoscere con certezza il fondo ipotecato, e la specialità era assolutamente inconciliabile colla ipoteca sui beni futuri. La proscrizione dell'ipoteca sui beni futuri era una conseguenza necessaria dell'introdotta specia-

lità, che è una delle più importanti riforme del moderno Sistema Ipotecario. Fu dunque coerente al sistema della pubblicità il legislatore proibendo la ipoteca sui beni futuri, e a ragione il Troplong lo loda di questa importantissima modificazione fatta all'antico Sistema che ammetteva l'ipoteca sui beni futuri: «Le Code Civil a agi sagement en proscrivant l'hypothèque conventionnelle des biens à venir (1).» Io prendo atto di queste parole del Troplong, e concludo che, se il Codice Napoleone ha agito saggiamente proscrivendo l'ipoteca convenzionale sui beni futuri, potrà giustamente criticarsi per avere lasciato alla ipoteca legale e alla giudiziale il vizio di una generalità assoluta che comprende tutti i beni presenti e futuri. I Compilatori del Codice Napoleone vollero fare una transazione tra il vecchio Sistema Ipotecario e il nuovo sanzionato dalla Legge 11 brumaio anno 7 (1 novembre 1798), e crearono un Sistema misto, imperfetto e incompleto, che diede tristissimi risultati. La specialità e la pubblicità delle ipoteche furono le due grandi riforme operate dalla citata Legge 11 brumaio (2). Ebbene, i Compilatori del Codice Napoleone adottarono l'una e l'altra riforma imperfettamente e incompletamente, da una parte dispensando alcune ipoteche dalla formalità della inscrizione, e dall'altra ammettendo la generalità assoluta sui beni presenti e futuri nelle ipoteche legali e giudiziali, e prescrivendo la specialità per le sole ipoteche convenzionali. Bizzarro e difettoso Sistema, contro il quale alzarono giustamente la voce eminenti Economisti e Giureconsulti! Ben disse l'illustre economista Toscano Professor Corbani che il Sistema Ipotecario Francese è *caratterizzato dallo spirito di volere e non volere servire alla pubblicità* (3). Se è vero ciò che dice il Troplong, che la specialità prepara la inscrizione, e che la inscrizione assicura la pubblicità (4), a buon dritto potremo dire che mal provvidero alla pubblicità i Compilatori del Codice Napoleone col carattere impresso alle ipoteche legali e giudiziali, le quali colpiscono i beni tutti del debitore presenti e futuri. La disposizione dell'articolo 2129 è uno dei punti cardinali del nuovo Sistema, e allora solo il credito fondiario darà i desiderati frutti, quando il carat-

(1) Art. 2129, n. 516.
(2) Pierre Odier, Des Systèmes Hyp., n. 55.
(3) Economia Sociale, sezione seconda, § 121.
(4) Art. 2129, n. 513.

tere della specialità voluto dal Codice Napoleone nelle ipotech convenzionali sarà un elemento essenziale di qualunque ipoteca.

749. L'articolo 2015 del Codice delle Due Sicilie ripete la disposizione dell'articolo 2129 del Codice Napoleone senza alcuna modificazione.

750. Totalmente diversa è la disposizione dell'articolo 2183 del Codice di Parma, il quale stabilisce che l'ipoteca può essere convenuta o generale sopra tutti i beni tanto presenti quanto futuri, o speciale sopra tutti i beni presenti nominatamente indicati, ovvero sopra di uno o più stabili determinati. Il Codice di Parma permette adunque ad imitazione del Diritto Romano l'ipoteca convenzionale tanto generale, quanto speciale; nè credo si debba lodare di questa disposizione, essendo oramai l'ipoteca generale condannata dal giudizio di quasi tutti i Giureconsulti ed Economisti, come contraria a un perfetto sistema di pubblicità, che deve necessariamente aver per base la specialità. È duopo però confessare che almeno i Compilatori del Codice di Parma adottarono un sistema uniforme per tutte le ipoteche; laddove quelli del Codice Napoleone proscrissero il vizio della generalità nelle ipoteche convenzionali, legittimandolo nelle legali e nelle giudiziali. Furono per ciò, a parer mio, poco coerenti a sè stessi i Compilatori del Codice Napoleone, negando la libertà di stipulare una ipoteca convenzionale col carattere della generalità, da essi attribuito a tutte le ipoteche legali e giudiziali. Anche il citato articolo del Codice di Parma dichiara, come fa anche l'articolo 2129 del Codice Napoleone, che l'ipoteca convenzionale può essere convenuta o nell'atto notarile che costituisce il debito, o in un atto notarile posteriore.

751. Attenendosi alla massima stabilita dall'articolo 2129 del Codice Napoleone, il Codice di Sardegna dispone nell'articolo 2189 che per la costituzione dell'ipoteca convenzionale si esige che nel titolo autentico del credito, o in un atto posteriore autentico, sia dichiarata specialmente la natura e situazione, con indicazione della regione e del numero del catasto, ovvero di due almeno delle coerenze dello stabile attualmente spettante al debitore, sopra di cui si vuole costituire l'ipoteca. E siccome il Codice di Sardegna nell'articolo 2168 dichiara suscettibili d'ipoteca le *piazze* considerate come immobili nell'articolo 407, cioè le piazze di Causidici, Attuarj, ed altre ancora esistenti di pro-

prietà privata; così nel citato articolo 2189 stabilisce che trattandosi di *piazze* od ufficj si dovrà indicarne la qualità ed il luogo dell' esercizio. Dispone inoltre nell' articolo 2190 che i beni futuri non possono essere ipotecati per convenzione.

752. Anche il § 126 del Regolamento Ipotecario Pontificio proclama il principio che la ipoteca che nasce dalle convenzioni è sempre speciale, e dichiara che può essere convenuta sopra tutti i beni presenti nominatamente indicati, ovvero sopra uno o più fondi certi che attualmente esistano nel patrimonio del debitore; e che nell' uno e nell' altro caso dovrà enunciarsi nel pubblico istromento costitutivo del credito, od in altro istromento posteriore, la natura e la situazione, con due confini almeno di ciascuno dei fondi sottoposti alla ipoteca. Stabilisce inoltre nel § 127 che non può essere costituita la ipoteca sopra i beni futuri in virtù di qualunque convenzione. La regola però contenuta nel detto § 127 non ha luogo, giusta la disposizione del successivo § 128, allorchè si tratta di crediti o diritti, a cui la legge accorda la ipoteca indipendentemente dalla convenzione; perchè in tali casi il detto § 128 permette di dichiarare ne' contratti, che tutti i beni immobili presenti e futuri del debitore, od alcuni di essi rimangano obbligati in virtù della ipoteca legale. Questa modificazione però, portata dal § 128 alla regola stabilita dall' antecedente § 127, non è in realtà di alcuna importanza, perchè la dichiarazione permessa dal detto § 128 nulla aggiunge all' ipoteca legale derivante dalla legge.

753. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, seguendo la disposizione dell' articolo 2129 del Codice Napoleone, dispone esso pure nell' articolo 70 che la ipoteca convenzionale può convenirsi tanto nell' atto costitutivo del debito, che in altro posteriore; nell' articolo 72, che non si ammette l' ipoteca estesa ai beni futuri in qualunque maniera voglia concepirsene il patto; e nell' articolo 77 finalmente, che non è valida la ipoteca convenzionale, se nell' atto che la contiene non si legge espressa la qualità e la situazione dello stabile obbligato.

754. Il Codice di Modena, allontanandosi dalla disposizione dell' articolo 2129 del Codice Napoleone, ha ripetuto nell' articolo 2183 quella dell' articolo 2183 del Codice di Parma nei seguenti termini: « *L' ipoteca può essere convenuta o generale sopra tutti i beni tanto presenti quanto futuri, o speciale sopra*

tutti i beni presenti nominatamente indicati, ovvero sopra di uno o più stabili determinati.

Ciascuna di queste ipoteche può essere convenuta o nell' atto notarile che costituisce il debito o in un atto notarile posteriore. »

Articolo 2130.

Nondimeno, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito, può egli, esprimendo tale insufficienza, acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire, resti ipotecato a misura de' suoi acquisti.

SOMMARIO.

755. Tre condizioni sono necessarie, affinchè il debitore possa far uso della facoltà accordatagli dall'articolo 2130. È necessario in primo luogo che il debitore possieda beni immobili insufficienti alla garanzia del creditore. Se il debitore che non possiede beni immobili possa giovarsi della disposizione dell' articolo 2130.
756. È necessario in secondo luogo che ipotechi i beni immobili presenti, non ostante la loro insufficienza.
757. È necessario finalmente che il debitore esprima nell' atto l' insufficienza dei beni presenti a cautelare il credito.
758. L' ipoteca costituita sui beni futuri all' appoggio dell' articolo 2130 non ha effetto dal giorno della sua costituzione, ma da quello dei nuovi acquisti fatti dal debitore.
759. Il Codice delle Due Sicilie ripete la disposizione dell' articolo 2130 del Codice Napoleone.
760. Il Codice di Sardegna ha soppressa la massima stabilita dall' articolo 2130 del Codice Napoleone.
761. La massima dell' articolo 2130 del Codice Napoleone è stata adottata dal Regolamento Ipotecario Pontificio.
762. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ripete la disposizione dell' articolo 2130, migliorandola in alcune parti.
763. La massima dell' articolo 2130 del Codice Napoleone non poteva tro-

var posto nei Codici di Parma e di Modena, i quali permettono la ipoteca convenzionale generale.

764. Il Progetto Vatimesnil sopprimeva, ad imitazione del Codice di Sardegna, la disposizione dell'articolo 2130 del Codice Napoleone.

755. L'articolo 2129 stabilisce un principio della più alta importanza, cioè che i beni futuri non possono essere ipotecati. L'articolo 2130 sanziona una eccezione al detto principio, accordando la facoltà al debitore d'ipotecare i beni futuri nel caso che i beni presenti non sieno sufficienti per cautelare il credito. Quali condizioni si richiedono, perchè il debitore possa far uso di una tale eccezione? Tre, a parer mio, sono le condizioni: 1° che il debitore possieda beni immobili insufficienti alla garanzia del creditore; 2° che ipotechi questi beni comecchè insufficienti; 3° e che nell'atto di costituire l'ipoteca sui beni futuri dichiari l'insufficienza dei beni presenti dati in ipoteca. La prima condizione risulta evidentemente dalle parole dell'articolo 2130, che dà la facoltà d'ipotecare i beni futuri, *se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito*. Su questo punto però si fa dagli Interpreti del Diritto Francese una questione, e si dimanda, se il debitore che non possiede beni immobili potrà giovarsi della disposizione dell'articolo 2130 e ipotecare i beni futuri? Il Grenier pensa che il debitore che non possiede beni immobili può benissimo approfittare della disposizione del detto articolo, e assoggettare ad ipoteca i beni che acquisterà in avvenire. Se può far ciò, dice egli, chi possiede beni insufficienti a garantire il creditore, perchè non potrà farlo chi per difetto assoluto di beni trovasi nella stessa o in peggior condizione? Ecco le sue parole: « Il serait difficile d'établir une différence entre le cas où un débiteur qui possède des immeubles, les hypothèque, et hypothèque de plus, attendu leur insuffisance, ses biens à venir, et le cas où n'ayant point d'immeubles lors de l'obligation, il hypothèque, pour la sûreté du créancier, ses biens à venir (1). » Il Grenier cita in conferma della sua opinione un Decreto della Corte Reale di Besançon del 29 agosto 1811. Il Troplong segue la opinione del Grenier, e così la ragiona: « Le législateur a voulu venir au secours du débiteur dont les facultés sont trop faibles: il a voulu lui conserver son crédit.... Quelle différence raisonna-

(1) Tomo 1, n. 63.

ble peut-on faire entre le débiteur qui n'a rien d'actuel, et celui qui ne possède que des biens insuffisans, si ce n'est que le premier remplit encore mieux que le second la condition d'avoir des facultés trop faibles (1)? Il Persil (2) e il Duranton (3) tengono l'opinione contraria, e sostengono che chi non ha beni immobili non può giovarsi dell'eccezione stabilita dall'articolo 2130. Io m'attengo all'opinione del Persil e del Duranton. La questione mi pare assai semplice. I beni futuri non possono essere ipotecati. Questa è la regola generale stabilita dall'articolo 2129, ed è questa, come confessa lo stesso Troplong (4), una delle più notevoli e importanti riforme del moderno Sistema Ipotecario. L'ipoteca convenzionale sui beni futuri non poteva essere tollerata e permessa dal legislatore, essendo contraria alla specialità che è prescritta come una condizione essenziale alla validità delle ipoteche convenzionali. Ma io credo che il legislatore nel proibire l'ipoteca convenzionale sui beni futuri sia stato mosso anche da un nobile scopo d'ordine morale. Chi sono infatti quelli che affidano i loro capitali sotto la debole e incerta garanzia dei beni futuri del debitore, garanzia che si risolve in una pura speranza? Gli uomini di mal affare e gli usuraj, i quali si compensano del pericolo a cui si avventurano colla esorbitanza dell'interesse. Il galantuomo che vuole impiegare onestamente i proprj capitali gli dà a chi ha credito, contentandosi di un moderato interesse, o il credito del debitore sia personale, appoggiato cioè alla lealtà e buona fede, o sia ipotecario, fondato sulla efficace garanzia di beni immobili dati in ipoteca. Chi vuole l'ipoteca dei beni futuri, non si fida del credito personale, e accetta una garanzia ipotecaria inefficace. Non è questo il partito a cui si appigliano gli onesti capitalisti; e l'esperienza mostra qual classe d'uomini dà i proprj capitali, e sotto quali gravose condizioni, a chi non offre le necessarie garanzie. Ma prescindiamo pure da ciò. Basta il notare che la disposizione dell'articolo 2129 contiene una regola generale, in forza della quale i beni futuri non possono per convenzione essere ipotecati; e che l'articolo 2130 comprende una eccezione fatta alla detta regola generale. Dovrà dunque di necessità il detto

(1) Art. 2130, n. 538 bis.
(2) Art. 2130, n. 7.
(3) N. 375.
(4) Art. 2129, n. 516.

articolo 2130 interpretarsi strettamente e con rigore, onde la eccezione largamente interpretata non distrugga la regola, tanto più che trattasi di una regola generale, che è in armonia col nuovo Sistema avente per base la specialità e la pubblicità delle ipoteche, mentre l'eccezione sanzionata col detto articolo 2130 è col nuovo Sistema in disaccordo. Ora a qual condizione l'articolo 2130 permette l'ipoteca dei beni futuri? Le parole del legislatore sono troppo chiare. L'ipoteca dei beni futuri è permessa, *se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito.* A fronte di una condizione sì esplicita, come potrà accordarsi la facoltà d'ipotecare i beni futuri a chi non ha beni presenti? Ma il Grenier e il Troplong dicono che chi non ha beni non è in grado di dare al creditore alcuna garanzia, e che a più forte ragione deve avere il diritto di far ciò che è permesso a chi ha beni insufficienti alla garanzia del creditore. È facile il rispondere. Vi ha due maniere di credito, il credito personale e il credito ipotecario. Chi non ha beni immobili, non può ricorrere al credito ipotecario, se ha bisogno di denaro, e la legge sulle ipoteche non è fatta per lui. La legge viene in soccorso di chi avendo beni immobili può far uso del credito ipotecario, e gli permette di supplire colla ipoteca dei beni futuri alla insufficienza dei beni presenti. È questo il vero spirito dell'articolo 2130. Io non farò certamente l'elogio di questa disposizione, perchè io credo sempre cattivo il sistema delle eccezioni fatte dal legislatore alle regole generali per esso stabilite nell'interesse generale. I Compilatori del Codice Napoleone non sono stati abbastanza arditi nel correre nella materia delle ipoteche la via delle riforme loro aperta dalla Legge repubblicana 11 brumaio, anno 7, e più d'una volta, fatto un passo avanti, quasi spaventati ne ritrassero subito il piede. Adottarono la pubblicità per base del nuovo Sistema, e poi accordarono in via di eccezione la dispensa dall'inscrizione ad alcune ipoteche legali. Parimenti condannarono colla disposizione generale dell'articolo 2129 l'ipoteca convenzionale sui beni futuri, ma anche a questa regola introdussero una limitazione coll'articolo 2130. Qualunque però sia il merito di questa eccezione, di cui io non voglio farmi l'apologista, è certo che deve essere strettamente e rigorosamente interpretata per la ragione già detta, e non deve essere estesa oltre il caso contemplato dal legislatore. Quando la disposizione dell'articolo 2130

ammettesse la larga interpretazione che danno alla medesima il Grenier e il Troplong, la massima fondamentale del nuovo Sistema contenuta nell'articolo 2129, secondo la quale i beni futuri non possono essere ipotecati, e l'ipoteca convenzionale deve essere specialmente costituita sui beni attualmente appartenenti al debitore, sarebbe quasi illusoria. Sarebbero allora infatti dalla disposizione del detto articolo 2129 dispensati tutti quelli che non hanno beni immobili sufficienti a cautelare i loro creditori e quelli ancora che sono privi affatto di beni immobili. Allora la massima generale — *I beni futuri non possono essere ipotecati* — si ridurrebbe a questa: — Tutti quelli che hanno beni immobili sufficienti a cautelare il creditore non possono ipotecare i beni futuri. — Del resto, qualunque sia la disposizione dell'articolo 2130, o buona o cattiva, deve accettarsi qual è dal Giureconsulto, e l'interpretazione del Grenier e del Troplong trova un ostacolo, a parer mio, insuperabile nelle chiare parole onde è espressa la condizione, — *se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito*, — condizione alla quale il legislatore subordina la facoltà concessa al debitore di ipotecare i beni futuri.

756. Perchè il debitore possa far uso della disposizione dell'articolo 2130 non solo è necessario, come si è detto, che possieda beni immobili insufficienti alla garanzia del creditore, ma è necessario in secondo luogo che ipotechi i beni immobili presenti, non ostante la loro insufficienza. Questa seconda condizione si deduce dalla disposizione del detto articolo. Imperocchè, siccome la legge permette l'ipoteca sui beni futuri nel solo caso d'insufficienza dei beni presenti, è chiaro che l'ipoteca sui beni futuri deve essere un supplemento dell'ipoteca costituita sui beni presenti. Il Persil non ammette questa necessità di associare all'ipoteca sui beni futuri quella sui beni presenti, e lascia su ciò piena libertà ai contraenti (1). Ma io credo preferibile per la ragione detta l'opinione contraria del Duranton (2).

757. Deve finalmente il debitore esprimere nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'insufficienza dei beni presenti a cautelare il credito. Non è necessario che il debitore provi l'insufficienza dei beni presenti, perchè la legge si contenta che egli esprima una tale insufficienza. Dice chiaramente l'articolo 2130 che il debitore, espri-

(1) Art. 2130, n. 3.
(2) N. 377.

mendo l'insufficienza dei beni presenti, può acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire resti ipotecato. Ma se la dichiarazione del debitore che ipoteca i beni futuri non sarà vera, potrà una tale ipoteca costituita sui beni futuri essere intaccata? Il Persil dice che la dichiarazione del debitore sulla insufficienza dei beni presenti è una legge per tutti: « Il se bornera à faire sa déclaration, et elle sera une loi pour tous, même pour lui (1). » Il Troplong sostiene che i terzi interessati potranno, provando l'errore o la menzogna del debitore, far dichiarar nulla l'ipoteca costituita sui beni futuri, e dice di più che lo stesso debitore provando che i beni presenti erano sufficienti potrà ottenere la liberazione dei beni futuri da lui ipotecati (2). » Il Duranton divide l'opinione del Persil, e nega ai terzi il diritto d'intaccare la ipoteca costituita sui beni futuri dal debitore che nel rogito di costituzione espresse l'insufficienza dei beni presenti (3). Il Persil dunque vuole che la dichiarazione del debitore sia una legge per tutti, per lo stesso debitore e pei terzi. Il Troplong al contrario pensa che la detta dichiarazione non sia legge per nessuno, nè pei terzi, nè pel debitore. Io credo più giusta la opinione del Troplong, che accorda ai terzi il diritto di provare l'errore o la menzogna del debitore, e quindi anche il diritto di far dichiarar nulla la ipoteca costituita sui beni futuri. La facoltà d'ipotecare i beni futuri è accordata dall'articolo 2130 al debitore, semprechè i beni presenti e liberi di lui sieno insufficienti per cautelare il suo creditore. La legge che ha posta questa condizione non può essere indifferente al suo adempimento, perchè altrimenti la condizione apposta sarebbe una burla. Sarebbe stata certamente cosa dura e soverchiamente rigorosa obbligare il debitore che vuole ipotecare i beni futuri alla prova della insufficienza dei beni presenti, e saviamente il legislatore si è rimesso alla buona fede di lui, contentandosi di una semplice dichiarazione fatta nell'atto costitutivo dell'ipoteca. Ma se il debitore è dispensato dalla prova della insufficienza dei beni presenti, non ne deriva la conseguenza che ai terzi sia imposta come una legge la sua dichiarazione. La dichiarazione del debitore che esprime la insufficienza dei beni presenti, essendo autorizzata dalla legge, non può avere maggior

(1) **Art. 2130, n. 2.**
(2) **Art. 2130, n. 539.**
(3) **N. 378.**

forza di una presunzione, contro cui è sempre ammissibile la prova contraria. Qual ragione adduce il Duranton per negare questo diritto ai terzi? Egli dice: « Cela donnerait lieu à des procès sans nombre, à des expertises, et à une multitude de difficultés et d'entraves. » Questa non è una buona ragione. È raro che l'esercizio di un diritto non tragga con sè spese e difficoltà, e quegli cui compete deve ben pensare ai casi suoi prima di battere alle dorate porte del Tribunale; ma la gravezza delle spese e le difficoltà di un giudizio non sono giusti motivi per dire che i terzi non hanno diritto di provare l'errore o la falsità della dichiarazione fatta dal debitore che costituì l'ipoteca sui beni futuri giovandosi della disposizione dell'articolo 2130. Non sono però d'accordo col Troplong allorchè accorda il diritto d'intaccare la dichiarazione della insufficienza dei beni presenti anche al debitore; e ciò perchè questi non deve avere il diritto di impugnare il fatto proprio.

758. Sebbene l'articolo 2130 permetta in via di eccezione alla regola generale stabilita dall'antecedente articolo 2129 l'ipoteca convenzionale sui beni futuri, vuole però che anche questa ipoteca, per quanto sia possibile, abbia il carattere della specialità proprio della ipoteca convenzionale. Non autorizza perciò l'ipoteca sui beni futuri in modo generale ed assoluto, ma dichiara invece che il debitore, esprimendo l'insufficienza dei beni presenti, può acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà nel tempo avvenire resti ipotecato a misura de' suoi acquisti. La ipoteca pertanto sui beni futuri permessa dall'articolo 2130 non è una ipoteca condizionale, i cui effetti si retrotraggano al giorno in cui venne stipulata, ma è una ipoteca che ha effetto il giorno in cui il debitore fa acquisto di un nuovo fondo. In ciò l'ipoteca convenzionale costituita sui beni futuri nel caso contemplato dall'articolo 2130 è assai diversa dall'ipoteca legale e dalla giudiziale, le quali colpiscono anche i beni futuri del debitore. Imperocchè gli effetti della ipoteca legale e della giudiziale, che conservano sempre il carattere della generalità, si misurano tanto rispetto ai beni presenti quanto ai beni acquistati dopo dal giorno della loro creazione, e perciò una sola inscrizione dà efficacia alle dette ipoteche rispetto a tutti i beni presenti e futuri del debitore. Al contrario la ipoteca convenzionale sui beni futuri ha effetto il giorno stesso in cui il debitore acquista un nuovo fondo, e perciò il cre-

ditore non può accendere la inscrizione prima dell'acquisto fatto dal debitore, e non una sola inscrizione gli può bastare, che colpisca in una sol volta tutti i beni presenti e futuri, ma tante inscrizioni separate gli sono necessarie, quanti sono i diversi acquisti fatti dal debitore. Quindi è che mentre il creditore che ha una ipoteca giudiziale o legale ottiene un sol grado nel giudizio di concorso all'appoggio della sua inscrizione, il creditore a cui furono per convenzione ipotecati i beni futuri nel caso contemplato dall'articolo 2130 ottiene tanti diversi gradi quante sono le date delle diverse inscrizioni accese a misura degli acquisti fatti dal debitore (1). Si confrontino gli articoli 2122 e 2123 coll'articolo 2130. Il primo dichiara che il creditore cui compete l'ipoteca legale può esercitare la sua ragione sopra tutti gl'immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire. Il secondo dichiara esso pure che l'ipoteca giudiziale può esercitarsi sopra gl'immobili attuali del debitore e sopra quelli che potesse acquistare. All'incontro l'articolo 2130 si limita a stabilire che il debitore esprimendo l'insufficienza dei beni presenti a garantire il credito, può acconsentire che *ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire resti ipotecato a misura de' suoi acquisti*. Dalle chiare parole di quest'articolo risulta evidentemente che il legislatore ha voluto mettere in armonia l'ipoteca per patto costituita sui beni futuri colla disposizione dell'antecedente articolo 2129, che determina i caratteri essenziali dell'ipoteca convenzionale. Vuole quest'articolo 2129 che l'ipoteca convenzionale sia speciale sopra ciascun fondo ipotecato, e che colpisca beni attualmente appartenenti al debitore. Perciò anche secondo l'articolo 2130 ciascuno dei beni, che il debitore acquista, rimane colpito dall'ipoteca solo dal giorno in cui cade nel dominio dello stesso debitore, e così la specialità che non potè essere attuata nell'atto costitutivo dell'ipoteca risultar deve necessariamente dalle note dell'inscrizione, dovendosi questa accendere sopra ciascuno dei fondi che rimasero ipotecati a misura degli acquisti fatti dal debitore (2).

759. L'articolo 2016 del Codice delle Due Sicilie ripete senza alcuna modificazione la disposizione dell'articolo 2130 del Codice Napoleone.

(1) Troplong, art. 2130, n. 540. Persil, art. 2130, n. 5. Duranton, n. 379.
(2) Grenier, Tomo 1, n. 62.

760. Il Codice di Sardegna alla regola generale dell' articolo 2190, che proibisce l' ipoteca convenzionale sui beni futuri, non ha fatto alcuna eccezione. Il sistema delle eccezioni è il più delle volte cattivo, e molto più quando trattasi di derogare ad una regola generale stabilita per interesse pubblico. Io perciò applaudo al lodato Codice che ha soppressa la massima contenuta nell' articolo 2130 del Codice Napoleone.

761. La disposizione eccezionale dell' articolo 2130 del Codice Napoleone è stata adottata dal Regolamento Ipotecario Pontificio, il quale dopo di avere stabilito nella prima parte del § 127 che non può essere costituita la ipoteca sopra i beni futuri in virtù di qualunque convenzione, aggiunge nella seconda parte, che se per altro a cautela del credito non bastassero i beni presenti del debitore, potrà questi, spiegando tale insufficienza, convenire che ciascuno degli immobili da acquistarsi in appresso, a misura degli acquisti, sia soggetto all' ipoteca sino alla somma che verrà determinata nell' atto costitutivo.

762. Anche il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, sebbene non ammetta colla disposizione dell' articolo 72 l' ipoteca estesa ai beni futuri in qualunque maniera voglia concepirsene il patto, dispone nell' articolo 73, ad imitazione dell' articolo 2130 del Codice Napoleone, che nel solo caso che i beni presenti del debitore *si credano insufficienti ad assicurare il creditore,* può il debitore stesso, previa la dichiarazione della detta insufficienza, obbligare *coi beni presenti* anche quelli che acquisterà in futuro sino ad un valore determinato, e a misura che passeranno in suo dominio. Dichiara però che questa obbligazione non ha l' effetto di comprendere nella ipoteca gli acquisti futuri, che osservate le discipline prescritte all' articolo 85. Il quale articolo 85 dispone che il creditore che avrà riportata l' obbligazione dei beni futuri, come è stabilito all' articolo 73, dovrà, tutte le volte che ne verranno acquistati dal debitore, accendere sui medesimi la inscrizione della sua ipoteca, la quale per altro non diverrà efficace, che realizzato l' acquisto, e dal dì in cui ne sarà stata presa la inscrizione. La disposizione dell' articolo 73 del Motuproprio Toscano ripete la massima dell' articolo 2130 del Codice Napoleone, ma la migliora in alcuni punti. I Compilatori del Codice Napoleone colla disposizione dell' articolo 2130 lasciarono aperto il campo al dubbio, che abbiamo accennato più sopra, se

il debitore che acconsente di ipotecare i beni che acquisterà per l'avvenire debba nell'atto stesso necessariamente ipotecare i beni presenti cui egli dichiara insufficienti a garantire il creditore. Ma questo dubbio non può farsi a fronte della disposizione del citato articolo 73 del Motuproprio Toscano, il quale stabilisce che nel caso di creduta e dichiarata insufficienza dei beni presenti può il debitore obbligare *coi beni presenti* anche quelli che acquisterà in futuro. L'ipoteca sui beni futuri deve essere un supplemento alla ipoteca costituita sui beni presenti, che di per sè soli sono insufficienti a garantire il creditore. Con questa disposizione dell'articolo 73 della Legge Toscana fu tolto anche il dubbio che fanno i Commentatori dell'articolo 2130 del Codice Napoleone, cioè, se chi non ha beni immobili possa ipotecare i beni futuri. Imperocchè se l'ipoteca costituita sui beni futuri deve essere associata come un supplemento a quella dei beni presenti, è chiaro che chi non ha beni presenti, non potrà giovarsi della facoltà concessa col detto articolo 73. Si fa anche dai Commentatori dell'articolo 2130 del Codice Napoleone la questione, già sopra accennata, se i terzi possano opporre la nullità dell'ipoteca costituita sui beni futuri intaccando di errore o di falsità la dichiarazione fatta dal debitore della insufficienza dei beni presenti. L'articolo 2130 permette l'ipoteca convenzionale sui beni futuri, *se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito.* Questa condizione è assoluta, e i terzi non possono non avere il diritto di provare l'errore o il mendacio del debitore che contro la verità del fatto dichiarò l'insufficienza dei beni presenti. Al contrario l'articolo 73 della Legge Toscana non esige come condizione che i beni presenti sieno sufficienti; ma si contenta che le parti li credano insufficienti. Non potranno perciò i terzi oppor mai la nullità dell'ipoteca costituita all'appoggio del detto articolo 73 sui beni futuri, perchè quando anche potessero provare luminosamente la sufficienza dei beni presenti, il creditore che ottenne l'ipoteca sui beni futuri si difenderebbe sempre col dire che i beni presenti non furono creduti sufficienti al momento della costituita ipoteca, e che la legge non esige la insufficienza, ma la credenza della insufficienza dei beni presenti a cautelare il credito. Il Duranton, come si è già detto, nega ai terzi il diritto di intaccare l'ipoteca costituita sui beni futuri all'appoggio dell'articolo 2130, e si

fonda nelle seguenti ragioni: « Cela donnerait lieu à des procès sans nombre, à des expertises, et à une multitude de difficultés et d'entraves. D'ailleurs, le créancier a pu craindre que quelques-uns des biens présents n'appartinssent pas au débiteur, ou ne vinssent à se détériorer; il a pu aussi les croire d'une valeur moindre que celle qu'ils avaient en réalité (1). » Queste ragioni non possono, a parer mio, giustificare la interpretazione del Duranton, perchè l'articolo 2130 pone in termini assoluti la condizione, *se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito;* ma spiegano la ragione da cui fu dettata la disposizione legislativa del detto articolo 73 della Legge Toscana, il quale non esige la condizione che i beni presenti sieno insufficienti, ma si contenta che per tali sieno creduti dai contraenti. Io credo migliore il sistema del Codice di Sardegna, che ha soppressa affatto la massima stabilita in via di eccezione dall'articolo 2130 del Codice Napoleone. Ma posta a confronto la disposizione dell'articolo 2130 con quella dell'articolo 73 del Motuproprio Toscano, credo quest'ultima per le ragioni dette all'altra preferibile.

763. Avendo i Codici di Parma e di Modena coi rispettivi articoli 2183 stabilito che la ipoteca può essere convenuta o generale sopra tutti i beni tanto presenti quanto futuri, o speciale, la massima stabilita dall'articolo 2130 del Codice Napoleone non poteva trovar posto tra le disposizioni dei detti Codici.

764. Il Progetto Vatimesnil, ad imitazione del Codice di Sardegna, sopprimeva totalmente la disposizione dell'articolo 2130 del Codice Napoleone, ed anzi nel riprodurre nell'articolo 2122 la disposizione dell'articolo 2129 del detto Codice, onde è proibita la ipoteca convenzionale sui beni futuri, aggiungeva la seguente clausola: « *même en cas d'insuffisance des biens présents* (2). »

(1) N. 378.
(2) Moniteur Un., 26 avril 1850, n. 116.

Articolo 2131.

Parimente nel caso in cui l' immobile o gl' immobili presenti, assoggettati all' ipoteca, perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi potrà o chiedere al momento il suo rimborso, od ottenere un supplimento all' ipoteca.

SOMMARIO.

765. Se nel caso contemplato dall' articolo 2131, il creditore abbia a sua scelta il diritto di chiedere o il rimborso o un supplimento all' ipoteca.
766. La disposizione dell' articolo 2131 non è applicabile alle ipoteche legali e giudiziali.
767. Nel caso che il debitore dia un supplimento d' ipoteca, questo si misura dalla data della nuova inscrizione.
768. La disposizione dell' articolo 2131 è ripetuta dal Codice del Regno delle Due Sicilie.
769. Anche il Codice di Parma ripete la disposizione dell' articolo 2131, ma contempla espressamente gli stabili assoggettati ad ipoteca speciale che periscono o si deteriorano.
770. Il Codice di Sardegna nel ripetere la disposizione dell' articolo 2131 non ha lasciato luogo al dubbio, se il creditore possa a sua scelta chiedere o il rimborso o un supplimento all' ipoteca.
771. Il Regolamento Ipotecario Pontificio ripete la disposizione dell' articolo 2131, riservando solo il disposto nella Bolla di S. Pio V, che incomincia — *Cum onus,* — in ordine ai contratti di censo.
772. Il Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche ripetendo la massima dell' articolo 2131 ha tolto tutti i dubbj a cui lasciò luogo il detto articolo del Codice Napoleone.
773. Anche il Codice di Modena ha migliorata la disposizione dell' articolo 2131 del Codice Napoleone.

765. Può accadere che l' ipoteca data dal debitore divenga, prima della scadenza del termine fissato al pagamento, insuffi-

ciente alla garanzia del creditore, o perchè perisca in tutto o in parte il fondo ipotecato, o perchè soffra notabili deterioramenti. La legge in questo caso viene in soccorso del creditore accordandogli il diritto o di chiedere immediatamente il suo rimborso, o di ottenere un supplimento all'ipoteca. L'articolo 2131 non distingue, se gl'immobili ipotecati periscono o si deteriorano per caso fortuito o per colpa del debitore, e perciò io credo che sì nell'uno come nell'altro caso competa al creditore il diritto accordatogli dalla disposizione del detto articolo. Se gli immobili ipotecati furono distrutti, la dimanda del creditore che vuol giovarsi dell'articolo 2131 non può incontrare alcun ostacolo. Ma quando si tratta di semplici deterioramenti, allora, in caso di contestazione, sta ai Periti il determinare se gli immobili siano o no divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore. L'articolo 2131 fissa una massima generale. Quando si tratta della sua applicazione ai casi pratici, la questione di fatto dipende dal giudizio dei Periti, che deve servire di fondamento alla sentenza del Tribunale (1).

Si fa dagli Interpreti il dubbio, se il creditore abbia a sua scelta il diritto di chiedere o il rimborso o il supplimento all'ipoteca, oppure se il diritto di scegliere fra il pagamento immediato e il supplimento all'ipoteca spetti al debitore. Io credo che si debba risolvere il dubbio colla seguente distinzione: O gl'immobili ipotecati sono periti o si sono deteriorati per colpa e fatto del debitore, o per cause indipendenti da lui. Nel primo caso, la scelta non può non competere al creditore, e ciò in forza del principio generale stabilito dall'articolo 1188, secondo il quale il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, quando per fatto proprio ha diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore. Nel secondo il debitore deve avere la scelta o di pagar subito il debito, o di dare al creditore un supplimento all'ipoteca (2). Io credo a questo secondo caso applicabile la regola che ha luogo nelle obbligazioni alternative, nelle quali la scelta secondo l'articolo 1190 del Codice Napoleone spetta al debitore. Anche il Persil accorda, nel caso di cui si tratta, la scelta al debitore. Egli però dice che la costruzione grammaticale dell'articolo, se non si avesse riguardo

(1) Persil, art. 2131, n. 3.
(2) Troplong, art. 2131, n. 542. Duranton, n. 380.

allo spirito della legge, indurrebbe a dar la scelta piuttosto al creditore, in quanto che le parole del legislatore danno il potere al creditore o di chiedere il suo rimborso, o un supplimento all'ipoteca (1). A me però sembra che neppure per la costruzione grammaticale delle parole dell' articolo potrebbe attribuirsi il diritto di scelta al creditore. Imperocchè nelle obbligazioni alternative, nelle quali indubitatamente la scelta compete al debitore, il creditore, come osserva il Pothier, ha sempre il diritto di domandare disgiuntivamente l'una e l'altra cosa: « Il suit que pour que la demande du créancier soit régulière, il doit demander les deux choses, non pas à la vérité conjointement, mais sous l'alternative sous laquelle elles lui sont dues (2). » Il Grenier accorda anch' esso la scelta al debitore, ma a lui pure, come al Persil, sembra dubbiosa ed equivoca la disposizione dell' articolo 2131 (3). Io, a dir vero, non trovo punto dubbiosa la detta disposizione ; ad ogni modo, se il dubbio esiste, deve sempre risolversi in favore del debitore, e accordarsi a lui la scelta; massime trattandosi di una legge di eccezione derogante al principio generale, secondo il quale ciò che si deve a tempo non può esigersi prima della scadenza del termine. D' altra parte, anche all' equità ripugna che il debitore, che non è in colpa del danno a cui andò soggetto il fondo ipotecato, debba perdere il benefizio del termine fissato al pagamento, quando egli possa con una nuova ipoteca metter quieto e garantire il creditore, tanto più che *qui præmature petit,* come dice Giustiniano (4), *plus petere videtur.* Anche l'articolo 2020 favorisce indirettamente questa interpretazione. Dichiara infatti quest' articolo che quando il fidejussore accettato dal creditore sia divenuto in appresso insolvibile, se ne deve dare un altro. Verificatasi dunque l'insolvibilità del fidejussore, il creditore non ha diritto a pretendere il pagamento del suo credito immediatamente, ma solo un altro idoneo fidejussore. Per qual motivo nel caso, di cui ora si discorre, si vorrebbe negare al debitore, che non è in colpa dei deterioramenti del fondo ipotecato, il diritto di scelta e la facoltà di dare un supplimento all' ipoteca divenuta insufficiente? Io credo che questa sia la più

(1) Art. 2131, n. 2.
(2) Traité Des obligat., n 248.
(3) Tomo 1, n. 64.
(4) Instit., lib. 4, tit. 6, § 33.

giusta ed equa interpretazione dell' articolo 2131, e che si debba far plauso alle seguenti parole del Duranton, il quale critica un Decreto della Corte di Cassazione del 17 marzo 1818, che accordò il diritto della scelta al creditore: « Cette Cour a vu dans l'art. 2131 une obligation alternative au choix du créancier, dans un cas où la diminution de sûretés hypothécaires ne pouvait être imputée au débiteur. Mais nous ne saurions nous ranger à cette interprétation; elle n'est point conforme à l'esprit de la loi (1). »

766. La disposizione dell' articolo 2131 non è punto applicabile alle ipoteche legali e giudiziali, come quelle che colpiscono indistintamente tutti i beni presenti e futuri, qualunque ne sia il valore. Il creditore, il quale ha in suo favore una ipoteca legale accordata dalla legge, o giudiziale derivante da una sentenza, non ha esso misurato il suo credito col valore di una determinata garanzia; e qualunque sieno le vicende a cui possono andar soggetti gl' immobili del debitore, nulla può pretendere più di quella garanzia indeterminata che gli diede la legge o la sentenza, senza bisogno di alcuna convenzione, su tutti i beni presenti e futuri del debitore. Al contrario il creditore, che stipula una ipoteca convenzionale, dà la convenuta somma al debitore e gli accorda una dilazione al pagamento in vista della patteggiata garanzia. Se pertanto questa vien meno o in tutto o in parte, al creditore soccorre l'equità della legge, la quale gli offre il rimedio di cui parla l'articolo 2131. Ciò che dicesi dell'ipoteca legale e giudiziale, a cui non può essere applicabile la disposizione dell'articolo 2131, può ripetersi per ugual ragione dell' ipoteca convenzionale generale costituita nel caso contemplato dall' articolo 2130 (2).

767. Nel caso che il debitore dia al creditore un supplimento alla costituita ipoteca, è chiaro che questo supplimento è una ipoteca nuova, la quale dovrà essere inscritta, e avrà grado soltanto dalla stessa inscrizione senza alcun riguardo alla data della prima ipoteca (3).

768. La disposizione dell'articolo 2131 del Codice Napoleone

(1) N. 380.
(2) Duranton, n. 381. Persil, art. 2131, n. 3.
(3) Troplong, art. 2131, n. 543. Persil, art. 2131, n. 6.

è ripetuta nell'articolo 2017 del Codice del Regno delle Due Sicilie senza alcuna modificazione.

769. Abbiamo detto (1) che la massima dell'articolo 2131 del Codice Napoleone non può essere applicabile alle ipoteche generali che colpiscono i beni presenti e futuri, ma soltanto alla ipoteca convenzionale speciale. E siccome secondo l'articolo 2183 del Codice di Parma l'ipoteca convenzionale può essere o generale o speciale; quindi saggiamente l'articolo 2184 di questo Codice, facendosi a ripetere la massima dell'art. 2131 del Codice Napoleone, dispone che il creditore potrà o chiedere al momento il suo rimborso, od ottenere un supplimento all'ipoteca nel caso in cui lo stabile o gli stabili *assoggettati all'ipoteca speciale* perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del credito.

770. Anche il Codice di Sardegna ripete nell'articolo 2191 la disposizione dell'articolo 2131 del Codice Napoleone; ma non ha lasciato luogo al dubbio, se la scelta o di pagare il debito immediatamente o di dare un supplimento all'ipoteca spetti al debitore o al creditore. Imperocchè il detto articolo 2191 dichiara che qualora l'immobile o gli immobili presenti assoggettati all'ipoteca perissero o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi potrà agire *per ottenere un supplimento d'ipoteca, e, in difetto, il suo rimborso*. L'articolo 2191 del Codice di Sardegna non lascia luogo ad alcuna scelta nell'esercizio dell'azione concessa al creditore, il quale deve chiedere un supplimento d'ipoteca. Il creditore può pretendere il rimborso di ciò che gli è dovuto solo allora che il debitore non gli dà il chiesto supplimento.

771. Il Regolamento Ipotecario Pontificio ripete senza alcuna modificazione nel § 129 la disposizione dell'articolo 2131 del Codice Napoleone. Riserva soltanto il disposto nella Bolla di S. Pio V, che incomincia — *Cum onus,* — in ordine ai contratti di censo.

772. La più saggia disposizione fra quante abbiamo accennato sinora sul punto di cui parla l'articolo 2131 del Codice Napoleone, è quella dell'articolo 74 del Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche. Imperocchè non solo toglie il dubbio a chi spetti la scelta, ma distingue altresì il caso

(1) N. 766.

in cui il deperimento o la deteriorazione avvengono senza colpa del debitore, da quello in cui ne fu causa il fatto del debitore. Dispone pertanto il detto articolo 74, che quando gl' immobili sottoposti ad ipoteca speciale, per una causa non imputabile al debitore perissero, o si deteriorassero in tal modo da non somministrar più al creditore una sicurezza sufficiente, potrà esso ottenere ad elezione del debitore o un supplemento d' ipoteca, o l' immediato rimborso del credito sebbene non ancora esigibile; e che se la deperizione totale o parziale del fondo o fondi specialmente obbligati, sarà avvenuta per il fatto del debitore, nascerà a favore del creditore il diritto di chiedere l' immediata restituzione del suo credito.

773. Il Codice di Modena coll' articolo 2184 ha anch' esso migliorata la disposizione dell' articolo 2131 del Codice Napoleone, accordando al creditore semplicemente il diritto di chiedere un supplimento d' ipoteca, e, in difetto, il suo rimborso, ad imitazione dell' articolo 2191 del Codice di Sardegna. Il citato articolo 2184 del Codice di Modena è così concepito: « *Nel caso in cui lo stabile o gli stabili assoggettati all' ipoteca speciale perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi può agire per ottenere un supplemento d' ipoteca, e in difetto il suo rimborso.* » L' articolo 2184 del Codice di Modena non distingue, come fa saggiamente e in modo da togliere ogni dubbio il Sovrano Motuproprio Toscano nel già citato articolo 74, il caso in cui gl' immobili ipotecati periscono o si deteriorano per colpa del debitore da quello in cui ciò avviene per causa a lui non imputabile. Ma io tengo per fermo che la disposizione dell' articolo 2184 è applicabile soltanto al secondo caso; perchè il primo caso cade sotto la disposizione generale dell' articolo 1243, il quale stabilisce che il debitore non può più invocare il beneficio del termine, quando per fatto proprio ha diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore.

Articolo 2132.

Non è valida l'ipoteca convenzionale, se non in quanto la somma per cui fu convenuta, sia certa e determinata dall'atto: se il credito risultante dall'obbligazione è condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminato pel suo valore, il creditore non potrà chiedere l'inscrizione della quale si parlerà in appresso, che sino alla concorrenza d'un valore giusta la stima ch'egli espressamente dichiarerà, e che il debitore avrà ragione di far ridurre, se vi sarà luogo.

SOMMARIO.

774. Le disposizioni degli articoli 2129 e 2132 sono i due cardini fondamentali, sui quali deve essere basato il sistema della pubblicità delle ipoteche.

775. I crediti condizionali o indeterminati devono essere inscritti sino alla concorrenza di una somma determinata dal creditore al momento della inscrizione.

776. La disposizione dell'articolo 2132 è ripetuta nei Codici delle Due Sicilie e di Sardegna.

777. Anche il Codice di Parma vuole che i crediti incerti che non furono valutati nel documento lo siano all'atto della notificazione. Il Codice di Modena ripete la disposizione dell'articolo 2193 del Codice di Parma.

778, e 779. La massima dell'articolo 2132 del Codice Napoleone è pur ripetuta dal Regolamento Ipotecario Pontificio e dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche.

774. Lo scopo della pubblicità del Sistema Ipotecario moderno si è qnello di far conoscere ai terzi l'ammontare dei pesi ipotecarj che gravano gl'immobili. Perchè questo scopo sia ottenuto, è necessario che i terzi abbiano sicura contezza del

fondo che loro si offre in ipoteca, sulla identità del quale non possa cader dubbio. Se Tizio vuol contrarre un prestito con Sempronio e gli offre in ipoteca il suo fondo A, Sempronio non può accettare per buona questa garanzia e fare il prestito, se non conosce tutti i pesi che gravano il fondo da ipotecarsi. Sempronio dunque dimanderà al Conservatore delle Ipoteche un certificato che gli mostri i pesi inerenti al detto fondo A, e il Conservatore non potrebbe soddisfare a questa dimanda, se gli atti costitutivi delle ipoteche non contenessero l' elemento della specialità, destinata a determinare l' identità dei fondi ipotecati. Ma la certezza sulla identità del fondo che si ottiene mediante la specialità richiesta come condizione essenziale alla validità delle ipoteche convenzionali, non può bastare ad illuminare Sempronio sulla efficacia della garanzia offertagli sul fondo A. Bisogna assolutamente che egli possa fare un confronto tra il valore del fondo A e l' ammontare complessivo di tutti i crediti ipotecarj sul medesimo inscritti; bisogna cioè che egli possa con una semplicissima operazione aritmetica sottrarre dal valore del fondo la somma dei pesi ipotecarj che gli sono inerenti, perchè il risultato di questa operazione soltanto può metterlo in grado di conoscere, se l' offerta garanzia può assicurarlo della restituzione del suo capitale. Non è il numero delle ipoteche che può trattenerlo dal fare il prestito; è il loro peso, ossia l' entità dei crediti inscritti. Se un fondo del valore di 30 mila franchi sarà gravato di una sola ipoteca che agguagli o superi il detto valore, non potrà offrire alcuna garanzia ad un secondo creditore; e per lo contrario, se lo stesso fondo sarà gravato di 10 ipoteche, l' ammontare complessivo delle quali non superi il valore di 15 mila franchi, potrà dare ancora una solida garanzia ad un nuovo creditore, a cui il proprietario chieda a prestanza un capitale di 9 o 10 mila franchi. Lo scopo dunque della pubblicità, che è la base del nuovo Sistema Ipotecario, non sarebbe ottenuto, e la inscrizione sarebbe una formalità vana ed illusoria e proficua soltanto all' Erario pubblico, se i terzi non potessero conoscere con certezza l' ammontare dei debiti che gravano i fondi ipotecati. Specialità della ipoteca, e certezza della quantità del credito, sono perciò i due elementi che devono risultare dall' atto costitutivo della ipoteca, perchè la inscrizione che si compie dal solo creditore indipendentemente dal concorso del debitore non è e non

può essere che la fedele pubblicazione degli elementi indicati nel rogito onde viene la ipoteca costituita. Queste semplicissime osservazioni servono a mostrare la ragione della disposizione dell'articolo 2132, il quale prescrive non esser valida la ipoteca convenzionale se non in quanto la somma per cui fu convenuta sia certa e determinata dall'atto stesso costitutivo della ipoteca. Le disposizioni degli articoli 2129 e 2132, il primo dei quali prescrive la specialità della ipoteca, ed il secondo la determinazione del credito dalla ipoteca garantito, sono i due cardini fondamentali, sui quali il sistema della pubblicità deve poggiare; e se queste due disposizioni, le quali non possono scompagnarsi, non saranno rese comuni a tutte le ipoteche, il Sistema Ipotecario sarà sempre un'opera imperfetta, e i benefizj della pubblicità una vana promessa.

775. Qualunque obbligazione civile può essere efficacemente garantita con una ipoteca; ed anche una obbligazione condizionale, come stabilisce Marciano nella L. 5, pr. D. *De pignoribus,* può essere il fondamento di una ipoteca. Il creditore condizionale non potrà certamente, prima che la condizione si verifichi, valersi della sua ipoteca ed intentare l'azione ipotecaria; ma se la condizione si verifica, l'ipoteca ha il pieno suo effetto dal giorno in cui fu convenuta. Ciò è chiaramente indicato dallo stesso Marciano nella L. 13, § 5, D. *De pignoribus.* Perciò la L. 9, § 1, D. *Qui pot. in pignore,* supponendo il conflitto tra un creditore condizionale avente ipoteca e un creditore ipotecario puro la cui ipoteca è posteriore, dà al primo la preferenza, qualunque sia il momento in cui la condizione si verifica (1). Secondo i principj del Diritto Romano non solo può essere garantito con ipoteca un credito condizionale, ma altresì un credito illiquido e indeterminato, p. e., un debito per titolo di emenda di danni ed interessi dipendente da una liquidazione (2). Non sono diversi i principj del Codice Napoleone, il quale non ha alterata la sostanza del Sistema Ipotecario Romano. I crediti condizionali e i crediti indeterminati ed eventuali vengono espressamente considerati come capaci d'ipoteca negli articoli 2132, 2148 e 2163. Ma d'altra parte questi crediti condizionali o indeterminati non

(1) Voet, lib. 20, tit. 1, n. 20.
(2) Vedi N. 537.

potevano essere sottratti alla condizione della pubblicità lo scopo della quale non può ottenersi, se i terzi non conoscono con certezza, oltre il fondo gravato, l'ammontare dei crediti ipotecarj. Perciò l'articolo 2132 vuole che la determinazione dei crediti condizionali, indeterminati o eventuali, la quale non risulta, come quella dei crediti puri e certi, dall'atto costitutivo dell'ipoteca, si faccia al momento della inscrizione dal creditore, il quale è perciò tenuto a dichiarare la somma sino alla concorrenza della quale l'inscrizione è da lui accesa. È grande l'arbitrio che lascia la legge al creditore, il quale il più delle volte ne abusa esagerando con una stima eccessiva il valore dell'incerto suo credito. Ma a questo arbitrio ha però la legge posto un freno, accordando al debitore il diritto di dimandare entro i limiti della giustizia la riduzione della eccessiva inscrizione. Quest'azione accordata al debitore è certamente un provvido temperamento contro gli eccessi della stima fatta dall'indiscreto creditore; ma d'altra parte è cosa assai dura che il povero debitore sia costretto a fare un giudizio che può esser lungo e dispendioso per ottenere la riduzione di una inscrizione esorbitante che può essere fatale al suo credito. Io credo che il legislatore avrebbe dovuto obbligare le parti a dare nell'atto costitutivo dell'ipoteca al credito condizionale o indeterminato un valore determinato da indicarsi poscia dal creditore nelle note della inscrizione. Per tal modo non si lasciava al creditore un arbitrio, di cui può facilmente abusare con danno gravissimo del credito del debitore; e d'altra parte veniva il debitore liberato dal pericolo di dovere intentare un giudizio per ottenere dal Tribunale la riduzione di una inscrizione esorbitante ed eccessiva. Ma se il creditore può essere costretto dal Tribunale a ridurre la inscrizione a misura e quantità minore, quando il debitore mostrandola eccessiva ne dimanda la riduzione; deve però anche esser cauto a non accendere la inscrizione per una somma minore di quella a cui potrebbe un giorno ascendere il suo credito liquidato. Imperocchè, qualunque sia il risultato della definitiva liquidazione del credito indeterminato, il creditore non potrà mai far valere la sua ipoteca oltre la somma indicata nelle note d'inscrizione (1). I terzi non devono essere tratti in inganno, e illusorio sarebbe il sistema

(1) Troplong, art. 2132, n. 550.

dela pubblicità, e inutile e ridicola la prescrizione che impone al creditore l'obbligo di chiedere l'inscrizione del credito eventuale o indeterminato sino alla concorrenza d'una determinata somma, quando poi il creditore, venuto il momento di esercitae l'azione ipotecaria, potesse valersi della ipoteca oltre i limiti de valore che egli stesso attribuì al credito nelle note della incrizione. D'altra parte il creditore, a cui la legge lasciò con soerchia indulgenza l'arbitrio e la facoltà di fare la stima dell'incerto suo credito, deve esso subire le conseguenze del proprio erore e della propria dabbenaggine, se il credito risulta in fine mggiore del valore attribuitogli.

776. La disposizione dell'articolo 2132 del Codice Napoleoneè ripetuta nell'articolo 2018 del Codice del Regno delle Due Siilie, e nell'articolo 2193 del Codice di Sardegna.

777. Il Codice di Parma non ripete sotto il paragrafo che trita dell'ipoteca convenzionale la disposizione dell'articolo 2132 de Codice Napoleone; ma però nell'articolo 2193, nel quale pala della notificazione delle ipoteche da farsi dal creditore al Uffizio della Conservazione delle Ipoteche, dichiara che le due catelle da presentarsi dal creditore devono contenere l'indicazioe dell'importare de' crediti capitali espressi nel documento, o alutati da chi fa la notificazione rispetto alle rendite e prestzioni, o ai diritti eventuali, condizionali, o indeterminati. Vuol dinque anche il Codice di Parma che i crediti incerti che non frono valutati nel documento lo siano all'atto della notificazion. Il Codice di Modena, attenendosi alla disposizione del citato aticolo 2193 del Codice di Parma, stabilisce esso pure nell'articdo 2198 che le due note da presentarsi dal creditore, che vuol fre l'inscrizione della sua ipoteca, devono contenere l'indicazine dell'importare de' crediti capitali espressi nel documento, ovalutati dallo stesso creditore rispetto alle rendite, e prestazoni, o ai diritti eventuali, condizionali o indeterminati.

778. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio dichiara nl § 143 che se i diritti dell'iscrivente sono eventuali, condizonali, o indeterminati, dovrà il creditore dichiarare la somma pr la quale intende inscrivere la ipoteca; salva al debitore la fcoltà di chiederne la riduzione, quando costi dell'eccesso.

779. Il Sovrano Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche dispone esso pure nell'articolo 79, in piena conformità

dell' articolo 2132 del Codice Napoleone, che non si ammette la inscrizione della ipoteca convenzionale, se la somma per cui è stipulata non resulta certa e determinata dall' atto; e che, se resultasse incerta per le condizioni, e l' eventualità del credito, o per la sua indeterminazione, può in tal caso il creditore determinare egli stesso il credito in una somma approssimativa, e che ha luogo l' inscrizione per la somma così dichiarata e determinata, salvo al debitore il suo diritto per la riduzione.

Articolo 2133.

L' ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell' immobile ipotecato.

SOMMARIO.

780. L' ipoteca del creditore si estende a tutto ciò che come accessorio si aggiunge alla cosa ipotecata. Applicazione di questa regola. Il creditore, a cui fu data in ipoteca la proprietà di un fondo soggetto ad usufrutto a favore di un terzo, estinguendosi l' usufrutto, ha diritto di esercitare il suo diritto d' ipoteca sull' intero valore del fondo. Se il creditore, a cui fu dato in ipoteca un gius di usufrutto, consolidandosi la proprietà nell' usufruttuario, estenda il suo gius d' ipoteca alla proprietà del fondo.
781. Il creditore ipotecario estende il suo gius d' ipoteca alle alluvioni. Il creditore ipotecario, verificandosi il caso contemplato nell' articolo 559, ha diritto di giovarsi della disposizione dell' articolo 2133.
782. Se il creditore ipotecario estenda il suo diritto d' ipoteca all' isola che per diritto d' accessione cede al fondo ipotecato.
783. Se il creditore ipotecario estenda la sua ipoteca all' edifizio innalzato sull' area ipotecata.
784. La disposizione dell' articolo 2133 è ripetuta dai Codici delle Due Sicilie e di Sardegna.
785. Il Codice di Parma, per togliere i dubbj che si sono fatti sul vero significato della parola *miglioramenti,* dichiara che l' ipoteca speciale si estende alle alluvioni e a tutti gl' incrementi sopravvenuti allo stabile ipotecato.

786, 787, e 788. La disposizione dell' articolo 2133 è pur ripetuta, ed anzi con maggiore chiarezza, dal Regolamento Ipotecario Pontificio, dal Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche, e dal Codice di Modena.

780. È principio che l' accessorio segue la condizione e la sorte della cosa principale. Da questo principio deriva per legittima conseguenza che l' ipoteca del creditore si estende a tutto ciò che come accessorio si aggiunge alla cosa ipotecata. Stabilisce perciò il Brunnemanno la seguente regola generale: « Quod accedit pignori, pignus est (1). » A questa regola di Romana Giurisprudenza è conforme la disposizione dell' articolo 2133 del Codice Napoleone. Vediamone l' applicazione. Suppongasi che un proprietario abbia dato in ipoteca un fondo su cui un terzo ha un gius di usufrutto. Se questo usufrutto si estingue e si consolida colla proprietà, il creditore ipotecario avrà diritto al solo valore della proprietà, dedotto il valore dell' usufrutto, o pure avrà diritto all' intero valore del fondo? Paolo nella L. 18, § 1, D. *De pignorat. act.*, risponde a questa dimanda: « Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit. » Questo punto non può presentare alcuna difficoltà, quand' anche alla parola *miglioramenti* usata dal legislatore nell' artic. 2133 si dia la più stretta interpretazione. Imperocchè chi ipoteca un fondo gravato di usufrutto a favore di un terzo, ipoteca realmente l' intera proprietà del fondo, perchè l' usufrutto non è che una servitù personale costituita sulla cosa altrui; e quando il gius dell' usufruttuario si estingue, il proprietario non fa un nuovo acquisto, ma la sua proprietà rimane liberata e purgata da un onere che la gravava.

Consideriamo il caso inverso. Un usufruttuario ipoteca il suo gius di usufrutto, e acquista dopo la proprietà del fondo. Il creditore a cui fu dato in ipoteca il semplice usufrutto estenderà il suo diritto anche sulla proprietà acquistata dall' usufruttuario? Il Troplong decide di no, e ne dà la seguente ragione: « L' usufruit et la nue propriété sont deux droits distincts, deux portions d'une même chose. Si étant propriétaire de la moitié du fonds Cornélien, j' hypothèque cette moitié, et que par la suite je me rende acquéreur de l'autre portion, l'hypothèque ne viendra pas s'y asseoir

(1) Ad L. 18, § 1, D. *De pignorat. act.*, n. 5.

sans convention nouvelle. Il y a même raison lorsque la nue propriété se réunit à l'usufruit. Les choses restent ce qu'elles étaient lors de la séparation (1). » Quando anche si approvi la conclusione del Troplong, non si possono, secondo il mio avviso, accettare i motivi ai quali egli l'appoggia. Egli considera la proprietà e l'usufrutto come due porzioni della stessa cosa. È questo un errore; e non temo di dirlo francamente, perchè Giuliano nella L. 6, pr. D. *De usuf. ear. rer.*, mi fa certo che tutto il fondo, di cui un terzo ha l'usufrutto, appartiene al solo proprietario: « Si fundus tibi legatus fuisset, et mihi ejusdem fundi ususfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem. » Anche Ulpiano nella L. 6, D. *De reb. eor. qui sub tutela,* insegna che non esiste alcuna communione nè *pro indiviso* nè *pro diviso* tra il proprietario e l'usufruttuario dello stesso fondo. Il paragone dunque che fa il Troplong tra il caso di un usufruttuario di un fondo che ipoteca l'usufrutto e dopo acquista la proprietà del fondo, e il caso di chi essendo proprietario di una metà di un fondo dà in ipoteca questa metà e poscia acquista la proprietà dell'altra metà, non regge assolutamente. Mi pare che il Troplong avrebbe appoggiata la sua conclusione a miglior ragione quando avesse detto che la proprietà non può mai considerarsi come un accessorio di un gius di usufrutto, il quale è una semplice servitù personale, e che perciò la ipoteca costituita su di un gius di usufrutto non può estendersi alla proprietà, se questa viene acquistata dall'usufruttuario. Se un proprietario ipoteca il suo fondo gravato dalla servitù di usufrutto in favore di un terzo, il creditore ipotecario acquista l'ipoteca sul fondo, e non può non godere di tutti i miglioramenti che accadono nel fondo, tra i quali è grandissimo quello della cessazione di una servitù o reale o personale. Ma chi ipoteca un gius di usufrutto, non ipoteca il fondo o alcuna parte del medesimo, ma semplicemente il gius reale dell'usufrutto, che la legge considera come cosa immobile per l'oggetto cui si riferisce e che dichiara capace d'ipoteca al pari dei beni per natura immobili. Chi dunque riceve in ipoteca un gius di usufrutto, ha per soggetto della sua ipoteca una cosa diversa dal fondo; e siccome il fondo, come ho già detto, non può mai considerarsi come un accessorio di un gius

(1) Art. 2133, n. 553 bis.

di servitù; così è chiaro che il creditore, che ebbe in ipoteca il semplice gius di usufrutto, non potrà estendere la sua ipoteca sul fondo, quando la proprietà di questo venga acquistata dall' usufruttuario. Ma io non mi arresto qui; e tengo per fermo, per le ragioni dette in un altro luogo, che quando l' usufruttuario, che ipotecò già il gius di usufrutto, acquista la proprietà del fondo soggetto al suo usufrutto, l' ipoteca del creditore non solo non si estende alla proprietà del fondo, ma interamente muore e svanisce. La ipoteca muore, se perisce il suo soggetto. Come dunque può durare in vita una ipoteca costituita su un gius di usufrutto, se questo si estingue colla consolidazione, quando l' usufruttuario acquista la proprietà del fondo gravato dall' onere dell' usufrutto? Ma su questo punto mi riporto a ciò che ho già scritto più sopra (1).

781. Le alluvioni, ossia le unioni di terra ed incrementi che formansi successivamente ed impercettibilmente ne' fondi posti lungo le rive de' fiumi o riviere, cedono per diritto di accessione a favore del proprietario lungo la riva. Il creditore dunque che ha ipoteca su di un fondo estenderà in forza della regola suaccennata il suo diritto sulle alluvioni. È questo punto deciso dalla L. 16, pr. D. *De pignoribus:* « Si fundus hypothecæ datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur. » La stessa massima deve applicarsi al caso contemplato nell' art. 559 del Codice Napoleone. Dispone quest' articolo che se un fiume o una riviera per un' istantanea forza da un fondo contiguo alla riva ne svelle una parte, e la trasporta verso un fondo inferiore o verso l' opposta riva, il proprietario della parte staccata, scorso un anno, non può più reclamarne la proprietà, se il proprietario del fondo, al quale fu unita, ne prese il possesso. Siccome la parte staccata tanto secondo i principj delle Leggi Romane (2), quanto secondo quelli del Codice Napoleone si acquista per diritto di accessione dal proprietario del fondo al quale fu unita; così in forza della accennata regola le ipoteche gravitanti su questo fondo si estenderanno altresì alla parte ad esso aggiunta dall' istantanea forza del fiume.

782. Consideriamo il caso dell' isola. L' articolo 561, attenendosi ai principj stabiliti da Giustiniano nelle sue Institu-

(1) N. 571.

(2) Instit., lib. 2, tit. 1, § 21.

zioni (1), dispone che le isole ed unioni di terra che si formano nelle riviere non navigabili e non inservienti a trasporto, appartengono ai proprietarj confinanti dal lato ove si sono formate; e che se l'isola non siasi formata da un sol lato, essa apparterrà ai proprietarj confinanti ai due lati, divisibile secondo la linea che si suppone tirata nel mezzo della riviera. Ora, le ipoteche gravitanti sui fondi, ai quali per diritto di accessione cede la proprietà dell'isola, si estenderanno altresì sulle rispettive porzioni dell'isola? La L. 9, § 4, D. *De usuf. et quem.*, ci sarà scorta alla decisione di questo dubbio. Questa Legge dopo di avere stabilito il principio che il diritto dell'usufruttuario si estende altresì alle alluvioni, passa al caso dell'isola, e decide che, sebbene l'isola per diritto di accessione cada in proprietà del padrone del fondo vicino, l'usufruttuario dello stesso fondo non ha su di essa alcun diritto: « Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit: licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cujus ususfructus ad te non pertineat. Quæ sententia non est sine ratione. Nam ubi latitat incrementum, et ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. » Perchè l'usufruttuario non acquista alcun diritto sull'isola? Perchè questa non forma un sol tutto col fondo soggetto all'onere dell'usufrutto, ed è un corpo separato e distinto dallo stesso fondo, a cui cede per diritto di accessione. A me pare che per questa stessa ragione il creditore che ha ipoteca su di un fondo non possa estenderla all'isola, che per diritto di accessione si acquista dal proprietario del fondo ipotecato. Ceda pur l'isola per diritto di accessione al proprietario del fondo ipotecato; ma è sempre vero che è un corpo separato e distinto dal fondo, e questa separazione dell'isola dal fondo pare a me una ragione giustissima per negare al creditore, a cui fu dato in ipoteca il fondo, il diritto di estenderla sull'isola. Il Persil decide questo punto secondo la maggiore o minore estensione dell'isola, e dice che il creditore ipotecario non ha alcun diritto sull'isola, quando questa è talmente estesa da non potersi considerare come un accessorio del fondo: « Si au contraire c'était une île qui se fût formée du côté du fonds hypothéqué, et qu'elle fût tellement étendue qu'on pût la regarder comme faisant à elle

(1) Lib. 2, tit. 1, § 22.

seule un domaine particulier, il est évident qu'on ne devrait pas la regarder comme l'accessoire du fonds hypothéqué, et qu'elle ne serait pas, par cela seul, assujettie à l'hypothèque (1). » Il Duranton al contrario dice in termini generali che l'ipoteca che colpisce il fondo si estende indistintamente all'isola, qualunque sia la sua estensione (2). Io convengo col Duranton che sia da rigettarsi la distinzione che si fa tra le isole piccole e le grandi, e che la maggiore o minore estensione non debba essere il criterio per decidere il dubbio. Ma credo contro l'opinione del Duranton che sebbene l'isola per diritto di accessione ceda al proprietario del fondo ipotecato, il creditore non possa estendere a questa il suo diritto per la ragione già detta, cioè perchè l'isola non s'incorpora col fondo cui cede, ed è un nuovo acquisto separato e distinto dal fondo che fu dato in ipoteca.

783. Se sarà data in ipoteca un'area, sulla quale venga innalzato un edifizio, il creditore ipotecario estenderà la sua ipoteca sull'edifizio? Siccome è principio che *omne, quod solo inædificatur, solo cedit* (3); così deve ritenersi che il creditore avrà altresì diritto sull'edifizio. Del resto anche questo punto è deciso dalla L. 21, D. *De pignorat. actione:* « Domo pignori data, et area ejus tenebitur: est enim pars ejus, et contra jus soli sequetur ædificium. » E la L. 29, § 2, D. *De pignoribus,* accorda al creditore il diritto d'ipoteca sulle fabbriche, non solo se queste furono costrutte dallo stesso debitore, ma altresì se furono innalzate da un terzo possessore qualunque del fondo ipotecato, salvo solo al possessore di buona fede il gius di ritenzione per ripetere le spese. All'appoggio di questa Legge ultima ora citata il Brunnemanno stabilisce il principio generale: « Structura sequitur solum, et meliorationes fundum, ut si solum sit obligatum, etiam superficies et melioramenta censeantur obligata (4). » Questo principio generale appoggiato alle citate Leggi sembra in contraddizione con ciò che dice Ulpiano nella L. 5, § 3, D. *Quib. mod. ususf. vel usus,* riguardo all'usufrutto: « Si areæ sit ususfructus legatus, et in ea ædificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui, constat. » Non potrebbe dirsi che la costru-

(1) Art. 2133, n. 3.
(2) N. 257.
(3) Instit., lib. 2, tit. 1, § 29.
(4) Ad Leg. cit. n. 2.

zione della fabbrica porta un cambiamento nella cosa ipotecata, e che se un tale cambiamento basta ad estinguere l'usufrutto, deve altresì estinguere il gius della ipoteca? Il paragone non corre. Imperocchè la legge, che favorisce la naturale tendenza che ha l'usufrutto di consolidarsi colla proprietà, vuole che la mutazione della cosa faccia morire l'usufrutto (1). Al contrario, quando si tratta di un gius d'ipoteca radicato su di una proprietà, la L. 16, § 2, D. *De pignoribus,* dichiara apertamente che la mutazione della cosa non estingue l'ipoteca: « Si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecæ, et horto facta. Item si de loco convenit, et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis. » Gli esempi tratti dalle Leggi Romane che siamo venuti recando sono altrettante applicazioni della massima generale dell'articolo 2133, il quale è la ripetizione e conferma di un principio dell'antica Giurisprudenza. La parola *miglioramenti* usata nel citato articolo è generale, ed abbraccia perciò tutto ciò che o naturalmente o per fatto dell'uomo si aggiunge alla cosa ipotecata in modo da formare un sol tutto e un sol corpo colla medesima, e può accrescere il suo valore. E a dir vero fa maraviglia che il Dalloz possa sostenere che le fabriche innalzate su un'area ipotecata non cadono sotto la parola *miglioramenti*, e che ad esse non può estendersi il diritto del creditore ipotecario. I testi delle Leggi Romane sopra citati, e i principj concordi della Giurisprudenza Romana e del Codice Napoleone che regolano la materia della accessione mi dispensano dalla confutazione di una tale opinione. Non deve però tacersi che la Corte di Parigi con Decreto del 6 marzo 1834 sanzionò la stessa massima; ma credo che un tal Decreto meriti il rimprovero che gli fa il Troplong di avere violato i principj generali della scienza: « Je puis conclure avec assurance que la Décision de la Cour de Paris contient la violation la plus flagrante des principes généraux, et qu'elle n'est pas destinée à faire jurisprudence (2). »

Ma se ciò che si aggiunge per diritto di accessione all'immobile ipotecato cade sotto la parola generale *miglioramenti* e rimane sottoposto alle stesse ipoteche a cui la cosa principale è soggetta, altrettanto non può dirsi dei nuovi acquisti che fa il debitore

(1) Vinnii Comment. Instit., lib. 2, tit. 4, § 3, n. 5.
(2) Art. 2133, n. 551.

a titolo oneroso o lucrativo e che egli unisce al fondo ipotecato come parte del medesimo. Tizio possessore del fondo A compra un piccolo prato B che viene da lui unito al detto fondo A. È chiaro che le ipoteche esistenti sul fondo A non possono estendersi sul piccolo prato B, sebbene questo sia divenuto parte del detto fondo. Il prato conserva sempre la sua individualità separata e distinta dal fondo a cui è stato unito dalla volontà del proprietario (1).

784. La disposizione dell' articolo 2133 del Codice Napoleone è ripetuta negli articoli 2019 del Codice delle Due Sicilie e 2192 del Codice di Sardegna.

785. Il Codice di Parma per togliere i dubbj che si sono fatti sul vero significato della parola *miglioramenti* usata nell' articolo 2133 del Codice Napoleone dichiara nell' articolo 2185 che l' ipoteca speciale si estende alle alluvioni, e a tutti gl' incrementi sopravvenuti allo stabile ipotecato.

786. Il Regolamento Ipotecario Pontificio dichiara anch' esso nel § 113 che il diritto d' ipoteca legittimamente acquistato si estende a tutti gli accrescimenti ed a tutti i miglioramenti degli immobili che vi sono sottoposti, comunque provengano da cause naturali, o dal fatto od industria del debitore, *finchè i medesimi rimarranno presso di lui*, e che niuna detrazione per questo titolo potrà opporsi al creditore ipotecario. È chiara la ragione dell' aggiunta fatta dal Regolamento Pontificio — *finchè i medesimi rimarranno presso di lui*. Il diritto reale del creditore ipotecario non cambia, o resti il fondo ipotecato nelle mani del debitore, o passi in mano di un terzo possessore. Anche adunque il diritto ai miglioramenti, i quali come accessorj seguono la sorte della cosa principale, è inalterabile e non sottoposto ad alcuna condizione. Se non che, finchè il fondo ipotecato resta in mano del debitore, nessuna detrazione può opporsi al creditore ipotecario, sebbene i miglioramenti provengano dall' industria dello stesso debitore. Al contrario, quando il fondo ipotecato passò in mano di un terzo possessore, questi giusta il § 198 dello stesso Regolamento Pontificio ha diritto di chiedere il rimborso dei miglioramenti per il meno del valore di essi, avuta ragione dello speso e del migliorato.

787. Anche l'articolo 60 del Motuproprio Toscano ha espressa con molta chiarezza la massima dell' articolo 2133 del Codice

(1) Troplong, art. 2133, n. 552. Persil, art. 2133, n. 6.

Napoleone, disponendo che si comprendono nell' ipoteca tutti gli aumenti naturali e industriali sopravvenuti nei fondi obbligati.

788. Il Codice di Modena ripetendo lo stesso principio dell' articolo 2133 del Codice Napoleone dichiara nell' articolo 2185 ciò che segue: « *L' ipoteca speciale si estende alle alluvioni, ed a tutti i miglioramenti dello stabile ipotecato.* »

FINE DEL VOLUME TERZO.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL TERZO VOLUME.

Librai, presso i quali si potrà trovare la presente Opera.

A Firenze, alla Tipografia Le Monnier.
Livorno, Giovanni Mazzaioli.
Siena, Onorato Porri.
Lucca, Giuseppe Lupi.
Pisa, Carlo Nistri.
» Luigi Giannelli.
Genova, Gio. Grondona qm G.
Torino, Ved. Reviglio e fig.
Novara, Enrico Crotti.
Milano, Gaetano Brigola.
» Fortunato Perelli.
Verona, Libreria alla Minerva.
Venezia, G. Brigola e Soci.
Trieste, Colombo Coen.
Bologna, Marsigli e Rocchi.
Roma, Giovanni Gallarini.
Napoli, Giuseppe Marghieri.
Palermo, Fratelli Pedone Lauriel.
Messina, Baldassarre D' Amico.

Prezzo di questo Volume: Franchi 4. 50.